Die

Haftung des Vertreters

ohne Vollmacht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Johannes Dieckmann,

Referendar a. D.

ACAD. LAUREAT. ROST.

Rostock.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0106

Dem Andenken

meiner verstorbenen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

§ 1.

Zu einem der wichtigsten Rechtsinstitute gehört zweifellos die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften.

Stellvertreter ist derjenige, welcher Geschäfte, die uns angehen sollen, für uns abschliesst und zwar mit der Wirkung, dass Rechte und Pflichten aus diesen Geschäften nicht in der Person des Vertreters, sondern des Vertretenen entstehen. Die Stellvertretung hat die Eigentümlichkeit an sich, dass der Vertretene, der doch eigentlich der Träger des Geschäfts ist, da ja Rechte und Pflichten aus demselben in seiner Person entstehen, bei dem Geschäftsabschlusse selbst in keiner Weise tätig wird, und es doch nachher so betrachtet wird, als wenn er das Geschäft abgeschlossen hätte. Das Geschäft ist also für den Vertreter mit Rücksicht auf die Wirkungen ein ihm vollständig fremdes Geschäft.

Damit der Zweck der Stellvertretung, nämlich Rechte und Pflichten unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen zu lassen, erreicht wird, ist erforderlich, dass der Vertreter den Willen hat, den Geschäftsherrn zu vertreten und dass der Vertreter die Befugnis hat, für den Vertretenen zu handeln. Die Befugnis, für den Vertretenen zu handeln, beruht vor allem in einer vom Geschäftsherrn erteilten

Vollmacht. Sie ist die dem Bevollmächtigten erteilte Ermächtigung, Rechtshandlungen für den Vollmachtgeber vorzunehmen. Die Vollmacht ist, wie Regelsberger, Pandekten I § 159 zutreffend bemerkt, „der „Leitapparat, der den Vertretenen mit der Handlung „des Vertreters in Verbindung bringt". Sie wird ersetzt durch nachträgliche Genehmigung. Die Vollmacht ist demnach nicht ein unbedingtes Erfordernis der Stellvertretung, es gibt auch vollmachtlose Stellvertretung, die nicht minder Stellvertretung ist, wie die bevollmächtigte. Diese Stellvertretung ohne Vollmacht, insbesondere die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht wollen wir einer genaueren Erörterung unterziehen.

Nicht in Betracht kommen die Fälle der sogenannten indirekten oder mittelbaren Stellvertretung — Handeln im eigenen Namen aber fremden Interesse — sowie die des Boten. Des letzteren Tätigkeit unterscheidet sich von der des Stellvertreters dadurch, dass diese ein rechtsgeschäftliches juristisches Handeln, jene faktische Dienstleistungen zum Gegenstande hat. — Reinberger: vollmachtlose Stellvertretung und Genehmigung nach römischem Recht und nach BGB. Breslau 1899 — cfr. S. 49 und 50 der Arbeit.

Tagtäglich werden Geschäfte im Namen eines Andern abgeschlossen, sei es, dass der Vertreter von dem Dritten, dem Geschäftsherrn bevollmächtigt ist, sei es, dass er ohne Vollmacht die Geschäfte eines Dritten besorgt. Bei dem immer mehr steigenden Handelsverkehr ist es aber auch geradezu eines der dringendsten Bedürfnisse, dass die Ge-

schäfte einer Person durch eine andere Person vorgenommen werden können und zwar mit der Wirkung als ob der Vertretene selbst handle.

Ist nun einerseits die Lehre von der Stellvertretung eine der wichtigsten Lehren, so war doch vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches kaum ein Gebiet weniger mit Kontroversen behaftet, als gerade die Lehre von der Stellvertretung.

Als ein besonderes Verdienst des Bürgerlichen Gesetzbuches ist es daher anzusehen, dass es auf dem Gebiete der Stellvertretung genaue Bestimmungen getroffen hat, insbesondere auch bezüglich der Haftung des Stellvertreters, der entweder ohne Vollmacht zu haben, für einen Andern ein Geschäft geschlossen hat, oder, der zwar Vollmacht hatte, diese jedoch überschritten hat.

Da nun das bürgerliche Gesetzbuch wie die anderen neueren Kodifikationen auf der Grundlage des gemeinen Rechts aufgebaut ist, so bedarf es zur Entwickelung des von mir zu bearbeitenden Themas zunächst einer Erörterung, was denn das gemeine Recht überhaupt von der Stellvertretung sagt, und insbesondere, was hier interessiert, über die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht.

§ 2.

Im alten römischen Civilrecht war nach der allgemein herrschenden Ansicht bei Rechtsgeschäften eine direkte Stellvertretung unzulässig. Die Römer konnten sich mit dem Gedanken nicht abfinden, dass eine rechts- und handlungsfähige Person ihren Willen

erklären und dass diese Willenserklärung dann für einen Anderen wirken sollte. Hiernach konnte jeder nur sich selbst vertreten.

Ulpian sagt in diesem Sinne in l. 123 pr. D. de div. reg. iur. ant. 50,17:

„Nemo alieno nomine lege agere potest".

Handelt jemand in fremdem Namen, so entstand überhaupt keine Rechtswirkung, weder für ihn selbst, noch für den Dritten, da er nicht für diesen handeln konnte. So spricht Paulus in l. 11 de oblig. et action. 44,7:

„Quaecunque germius, cum ex nostro contractu „originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis „initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt".

In einer anderen Stelle, der l. 126 § 2 D. de verb. oblig. 45, 1 findet sich der berühmte Satz:

„per liberam personam acquiri nobis nihil potest".

Wollte jemand also für einen Dritten handeln, so konnte er dieses nur auf einem Umwege bewirken, indem er zunächst in seinem eigenen Namen handelte und dann die in seiner Person entstandenen Rechtsfolgen auf den Prinzipal übertrug. Damit erreichte er materiell seinen Zweck, hielt sich aber formell in Übereinstimmung mit der Vorschrift des Rechts. — Stumpff; Die rechtliche Bedeutung des von einem unbevollmächtigten Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages. Wiesbaden 1900.

Auch das justinianische Recht hat an der grundsätzlichen Unzulässigkeit der freien Stellvertretung festgehalten. Noch in der l. 6 C 4, 50 ist anerkannt, dass, wenn jemand als Stellvertreter „alieno nomine"

einen Kauf abgeschlossen hat, die actio empti weder ihm selbst, noch dem Vertretenen zusteht, weil er für sich nicht kaufen wollte, für diesen aber nicht kaufen konnte. Die Behauptung Savignys — Obligationenrecht Bd. II S. 42, — dass die freie Stellvertretung im justinianischen Rechte für die formlosen Rechtsgeschäfte zugelassen worden sei, ist unrichtig. In der l. 53 D. de acqu. re. dom. 41, 1, worauf Savigny sich stützt, sind nicht, wie er meint, civiler und naturaler Rechtserwerb, sondern Rechtserwerb und Besitzerwerb in Gegensatz gestellt. (vgl unten S. 10).

Die römische Rechtsregel der Unzulässigkeit der Stellvertretung hatte abgesehen von der bereits erwähnten römisch rechtlichen Anschauung, dass jeder seine Rechtsverhältnisse durch eigene Entschliessung gestalten müsse, ihre Grundlage vorzüglich in dem römischen Wirtschaftsleben. Infolge der Gestaltung der hausherrlichen Gewalt war die Stellvertretung in Rom durchweg entbehrlich. Dem Hausherrn gehörte eben von Rechtswegen alles, was seine Sklaven erwarben, wie auch das, was Sklaven in seinem Niessbrauch, sowie Freie, die er in gutem Glauben besass, mittels seines Vermögens oder durch ihre Dienste erlangten. Aber nicht nur die Sklaven, sondern auch die Haussöhne und andere Gewaltuntergebene erwarben nach klassischem Rechte alles dem Hausvater. Im justinianischen Rechte erwarben die Hauskinder noch dem Vater, was sie mit dessen Vermögen verdienten. Dies alles war aber nicht Stellvertretung, denn der Erwerb vollzog

sich ohne Willen des Untergebenen und ohne Willen und Wissen des Herrn.

Indessen vermochte auch das römische Recht jenes Prinzip „per liberam etc.“ auf die Dauer nicht scharf durchzuführen. Der Grundsatz wurde bei dem steigenden Handelsverkehr zu einem bedeutenden Hemmnis der Verkehrsentwicklung. Die Gewaltunterworfenen machten sich nämlich durch ihre Verpflichtungen, welche sie eingingen, nur sich selbst verbindlich, während sie ex lege für ihren Gewalthaber erwarben. Die Folge dieses ungenügenden Rechtsschutzes war eine allgemeine Kreditlosigkeit der Sklaven und Haussöhne, und damit war auch dem Gewalthaber die Möglichkeit genommen, sich derselben im Geschäftsverkehr zum Abschluss von Verträgen zu bedienen.

Das neuere römische Recht liess daher Stellvertretung bis zu einem gewissen Grade zu. Allmählich bildete sich nämlich der Grundsatz der Zulässigkeit des Erwerbes, des Besitzes und damit auch des Eigentums durch einen Andern aus. Diese wenigen Fälle der Stellvertretung nach jus civile tragen jedoch einen mehr tatsächlichen als rechtlichen Charakter an sich. Die in Betracht kommenden Quellenstellen sind folgende:

„l. 1 C. 4, 27: excepta possessionis causa per „liberam personam, quae alterius juri non est subdita, „nihil acquiri posse, indubitati juris est“.

l. 20 § 2 D. 41, 1: „Sie ego et Titius „rem „emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori „tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium,

„quia placet, per liberam personam omnium rerum „possessionem quaeri posse et per hanc dominium".

Ferner ist Stellvertretung zulässig bei der Zahlung von Schulden:

„l. 40 D. 46, 3: Si pro me quis solverit creditori „meo, licet ignorante me, acquiritur mihi actio „pigneraticia".

Hierbei wird also nicht einmal Handeln als Stellvertreter erfordert, sondern es liegt ein dem Vertrage zu Gunsten Dritter ähnliches Verhältnis vor. Umsomehr musste also die Handlung eines Stellvertreters hier gültig sein. Ähnliches gilt von der Begründung eines Darlehnsvertrages:

„l. 2 § 4 D. 12, 1: id enim tale est, quale sit „voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio „acquiritur, licet mei nummi non fuerint".

Wir sehen, in dieser Stelle wird das Wort „voluntas" — Einwilligung — das hier Bevollmächtigung bedeutet, nicht das Wort „mandatum" — Auftrag — gebraucht.

Das prätorische Recht entwickelte einige wenige neue Fälle von Stellvertretung in Rechtsgeschäften, so namentlich bei der Bewerbung um Erteilung der bonorum possessio l. 3 § 7 D. 37, 1: „acquirere quis „bonorum possessionem potest vel per semet ipsum „vel per alium"

bei der Erteilung des iussus:

„l. 1 § D. 15, 4: „si curatore acdulescentis vel „furiosi, vel prodigi iubente cum servo contractum „sit, putat Labeo dandam quod iussu actionem in „eos quorum servus fuerit

und bei der Anstellung eines institór, l. 5 § 18 D, 14, 3:

„sed etsi procurator meus vel tutor vel curator, „institorem praeposuerit, dicendum est veluti a me „praepositio dandam institoriam actionem".

Hiernach dürfte man meines Erachtens annehmen, dass den Römern auf dem ganzen grossen Gebiete der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Vertreter, wie die direkte Stellvertretung, so auch das Institut der Vollmacht gefehlt habe. Hält man sich streng an die uns heute geläufige Definition der Vollmacht als einer Vertretungsmacht d. h. der Macht, im Namen eines Anderen für ihn Rechtswirkungen direkt und ohne Einschiebung eines neuen Rechtsgeschäftes zu erzeugen, so muss, — abgesehen von den wenigen Ausnahmen — dem römischen Recht eine Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften unbekannt gewesen sein.

Neben den vereinzelten Fällen von Stellvertretung enthält das corpus iuris jedoch eine Menge vollmachtsähnlicher Rechtsverhältnisse. Dies sind insbesondere die Fälle der actio institoria oder exercitoria und der actio quod iussu. Man gelangte hierdurch im römischen Rechte zu einem positiven und befriedigenden Resultate bezüglich der Vertretung. Diese Rechtsinstitute sollten in Rom den Mangel einer direkten Stellvertretung ersetzen und haben ihn tatsächlich auch so vollkommen ersetzt, dass die Römer ihren mächtigen Handelsverkehr ohne Störungen mittelst derselben zu bewältigen vermochten. Von der direkten Stellvertretung unterscheiden sie sich prinzipiell

dadurch, dass der Hausuntergebene sowie der magister navis und der institor aus den Geschäften persönlich berechtigt und verpflichtet wurden, während bei der direkten Stellvertretung der Vertretene — der Geschäftsherr — unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. In den genannten Fällen ist die Haftung des Geschäftsherrn nur eine adjektizische, d. h. er haftet nicht allein, wie bei der unmittelbaren Stellvertretung, sondern er haftet neben seinem Vertreter. Der Schiffer — magister navis — welcher das Schiff eines Dritten — des Rheders — exercitor navis — führte, und der institor, welcher an die Spitze eines fremden Erwerbsgeschäftes gestellt war, berechtigten und verpflichteten sich zwar, wie schon bemerkt, aus den Erwerbsgeschäften persönlich, aber der Prätor sicherte diesen Geschäftsunternehmungen den nötigen Kredit dadurch, dass er aus deren Geschäftsschulden die actio exercitoria gegen den Rheder, und die actio institoria gegen den Handelsherrn gab, wonach dieselben neben ihren Angestellten hafteten.

Die actio quod iussu hatte derjenige, der Hausuntergebenen auf Geheiss ihres Hausvaters in dessen Angelegenheiten kreditierte. Die Klage war gerichtet gegen den Hausvater. Erforderlich war, dass der Dritte mit Rücksicht auf die Ermächtigung des Hausvaters kontrahiert hatte. An erster Stelle war der Hausuntergebene als Kontrahent dem Mitkontrahenten verpflichtet. Der Hausvater haftete adjektizisch. Bei der actio exercitoria und institoria ist noch ein besonderer Fall der Haftung des Ge-

schäftsherrn zu betrachten, wo die Besonderheit in der zu vertretenden Handlung des Geschäftsführers liegt, nämlich die Haftung des Herrn für das Verschulden des Letzteren. Die durch einen Vertrag geschaffene Haftung des Geschäftsherrn einem Dritten gegenüber bleibt unabhängig von einer derartigen Verschuldung des Geschäftsführers seinem Herrn gegenüber fortbestehen, und kann mit der actio exercitoria bezw. institoria durchgesetzt werden. Diese Haftung wird nimmermehr zu einer Haftung für ein Verschulden des Geschäftsführers, sondern bleibt, was sie war. Als actio institoria oder exercitoria war niemals eine Deliktsklage anstellbar. Das ergibt sich daraus, dass die Klagen ja nur gegeben werden, eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit;" denn da die praepositio gültigerweise niemals auf ein Delikt gehen konnte, der institor also niemals „in Delictum praepositus" war, so war auch eine actio delicti nomine als iustitoria ausgeschlossen. Deshalb unterscheidet auch l. 5 § 8 D 14,3 genau zwischen der actio institoria gegen den dominus und der — noxalen Deliktsklage gegen denselben, was doch der Jurist sicher nicht getan hätte, wenn auch die letztere als institoria anstellbar gewesen wäre.

Es erhielt somit die indirekte Stellvertretung in gewissem Masse die Wirkung einer direkten Stellvertretung, ohne dass diese jedoch grundsätzlich anerkannt worden wäre. Näher der heutigen Vollmacht ist die Vertretungsbefugnis auf Grund einer praepositio als institor bezw. magister navis.

Gab es nun auch in Rom einige vollmachtsähnliche Verhältnisse, so brach man doch nicht mit dem Grundsatze der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung.

Hieraus ersehen wir, dass die Stellvertretung in Rom keineswegs ein klar ausgebildetes Rechtsinstitut war, dass sie vielmehr nur in einigen wenigen Fällen Anwendung fand, und man in Rom meist andere Hülfsmittel benutzte, um zu ermöglichen, dass ein Geschäftsherr sich fremder Personen zum Abschluss von Rechtsgeschäften für seine Rechnung bedienen konnte. In all' diesen Fällen wurde aber der Prinzipal nur dann unmittelbar verpflichtet, wenn der Vertreter im Namen desselben handelte.

§ 3.

Im Mittelalter reichte bei dem Steigen des Verkehrs die vorhin erörterte Stellvertretung des römischen Rechts nicht mehr aus. Der Verkehr verlangte, dass man sich zum Abschlusse von Rechtsgeschäften dritter Personen bedienen konnte und zwar mit der Wirkung, dass der Geschäftsherr unmittelbar aus diesen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wurde.

Es wurde daher gewohnheitsrechtlich mit der zwar grundsätzlich noch geltenden Bestimmung „nemo alteri stipulari potest" gebrochen und zunächst auf dem Gebiete des Handelsrechts die unmittelbare Stellvertretung unbegrenzt zugelassen. Diesem Bestreben kam das kanonische Recht entgegen, das sich verschiedentlich für die Zulässigkeit der direkten

Stellvertretung ausspricht. So l. 68 C. 72 in VI De reg. iuris 5.12, wo es heisst:

„Potest quis per alium, quod potest per se „ipsum, qui facit per alium, est perinde ac si faciat „per se ipsum."

Infolgedessen führte sich die Vollmacht ein, ein Institut, das bisher dem Rechtsleben vollständig fremd war. Der Wissenschaft war sie deshalb lange verborgen geblieben, weil für diese das corpus juris civilis massgebend war. Im corpus juris gibt es aber, wie bereits ausgeführt, sehr wenig Bestimmungen, die sich auf die Vollmacht beziehen.

Die Juristen warfen vielfach die Vollmacht mit dem Rechtsverhältnis zusammen, mit dem sie in sehr vielen Fällen gemeinsam auftritt, nämlich mit dem Auftrag, dem mandatum des corpus juris. So nennt z. B. Buchka die „Lehre von der Stellvertretung" und Dernburg „Pandekten Bd. I § 119," den Vertretenen bald Vollmachtgeber, bald Mandant, den Vertreter bald Bevollmächtigten bald Mandatar oder Beauftragten. Die Verwechselung beruht wohl hauptsächlich auf der Theorie von Savigny — System des heutigen römischen Rechts—, der irrtümlicherweise annahm, dass im römischen Rechte allgemein die unmittelbare Stellvertretung zulässig gewesen sei, während sie grundsätzlich ihm doch vollständig fremd war, und nur ähnliche Rechtsinstitute Geltung hatten. Vollmacht und Auftrag haben nur gemeinsam, dass sie beide durch einen Willensakt zur Entstehung kommen. Auf der Seite des Auftrages hat man einen auf Ausführung einer

beliebigen Handlung gerichteten Vertrag vor sich und einen aus diesem Tatbestande sich ergebenden Komplex von Rechtswirkungen, auf der Seite der Vollmacht liegt eine durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung erteilte Macht vor. Der Unterschied besteht darin, dass der Auftrag immer eine Verpflichtung des Beauftragten bewirkt, die Bevollmächtigung dagegen nur eine blosse Fähigkeit, eine Macht verleiht.

Auch in späteren Kodifikationen wurden die Vollmacht und der Auftrag durcheinander geworfen; so im § 5 ALR. I, 13, im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1002, im sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 101, 1295, 1327 im Code civile Art. 1984.

Was war der Grund? Einmal die Neuheit der Lehre von der direkten Stellvertretung, die nach einem festen Stützpunkte suchte und denselben in dem Begriff des römischen Mandats gefunden zu haben glaubte; dann der Umstand, dass die römischen Juristen da, wo sie von vollmachtsähnlichen Verhältnissen sprachen, sehr oft mangels eines technischen Ausdruckes das Wort „mandatum“ gebrauchten. Der Hauptgrund der Verwechselung bestand aber darin, dass Vollmacht und Auftrag zu rechtsgeschäftlichen Handlungen fast regelmässig gemeinsam auftreten und daher in mannigfacher Weise auf einander einwirken. So kam es denn, dass sie als ein Begriff angesehen wurden. Erst später kam man auf die völlige Verschiedenheit von Vollmacht und Auftrag. Zuerst wurde der Unterschied zwischen diesen beiden

Rechtsinstituten im alten HGB. gemacht und zwar im Art. 58, 67, 269 Abs. 2.

Der Auftrag ist zwar in vielen Beziehungen, so bezüglich Entstehung und Endigung der auf ihm beruhenden Vollmacht, bezüglich des Umfanges der Spezialvollmacht und auch, von besonderen Verwickelungen abgesehen, der Generalvollmacht geradezu bestimmend für die Befugnis zur Stellvertretung, aber das ist gewiss — und es besteht Laband's bleibendes Verdienst darin, zum ersten Male und mit der nötigen Energie darauf hingewiesen zu haben —, dass einerseits der Auftrag an sich noch keine Befugnis zum Stellvertreteramte enthält, andererseits, dass gemäss der für die Vollmacht geltenden besonderen Regeln, namentlich für den Umfang der allgemeinen Vollmachten der einzelne Auftrag ohne Bedeutung ist. — Cfr. Laband: Stellvertretung nach HGB. in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. —

Die Vollmacht kann aber auch nicht als eine Qualifikation des Mandats angesehen werden, so dass man unter den Mandanten als eine besondere Art die Mandanten mit Stellvertretungsbefugnis auszuscheiden hätte; denn es gibt auch Vollmacht ohne Auftrag. Der Prokurist, der offene Handelsgesellschafter, der von der Vertretungsbefugnis nicht ausgeschlossen ist, der geschäftsführende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft haben eine Vollmacht, wobei es gleichgültig ist, ob sie auch einen Auftrag haben oder nicht.

In der früheren Litteratur hat man in all' diesen

Fällen einen generellen Auftrag angenommen entsprechend dem generellen Mandat des römischen Rechts. Diese Annahme befriedigt jedoch rechtlich nicht, denn wenn selbst der Prinzipal dem Prokuristen den Abschluss gewisser Geschäfte untersagt hat, so verpflichtet das vom Prokuristen abgeschlossene Geschäft dessen ungeachtet den Prinzipal. Der Prokurist zwar kann sich dem Prinzipal, der Gesellschafter der Gesellschaft verantwortlich machen, wenn sie den Anordnungen und Beschlüssen derselben nicht Folge leisten, dritte Personen aber, welche mit ihnen kontrahiert haben, erlangen Rechte gegen den Prinzipal oder die Gesellschaft, selbst wenn sie wussten, dass ihr Mitkontrahent gegen den ihm erteilten Auftrag handelte.

Die Vollmacht gewährt die Möglichkeit, durch die eigenen, im fremden Namen abgeschlossenen Verträge einen anderen zu berechtigen und zu verpflichten, gleichviel ob dieser Andere den Abschluss dieses bestimmten Vertrages angeordnet, ob er dem Ermessen des Bevollmächtigten freien Spielraum gewährt, oder ob er endlich den Abschluss dieses Vertrages geradezu untersagt hat. Der Auftrag ist also für die Stellvertretungsbefugnis irrelevant.

Wichtig bezüglich der Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht ist nun die Frage, wer bei dem Abschluss eines Rechtsgeschäftes mittels Stellvertretung als der juristisch Handelnde anzusehen, wer der eigentliche Kontrahent ist, der Stellvertreter, der Vertretene oder beide. Hiernach sind drei Hauptansichten zu unterscheiden.

1. Die Savigny'sche Theorie, welche als alleinigen Kontrahenten den Vertretenen ansieht.

2. Die Repräsentationstheorie, nach welcher der Stellvertreter allein juristisch handeln soll.

3. Die Theorien von Thöl, Mitteis und Dolinski, welche juristische Behandlung sowohl dem Stellvertreter wie dem Vertretenen beimessen.

Die Savigny'sche Theorie — Savigny Obligationsrecht Bd. II — geht davon aus, dass beim Abschluss des Rechtsgeschäfts durch einen Stellvertreter der Geschäftsherr alleiniger Kontrahent sei, der Stellvertreter nur ein Werkzeug, um seinen Willen zu erklären. Zur Begründung seiner Ansicht führt Savigny — S. 59 l. c. — aus: „Mein auf „mannigfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen „welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist „ja immer noch mein Wille, und der Stellvertreter „erscheint in allen diesen Fällen der anderen Partei „gegenüber als der blosse Träger meines Willens."

Hiernach ist also der Stellvertreter nur Organ und Träger fremden Willens, das Werkzeug, durch das der Prinzipal handelt. Seine Handlung ist daher etwas völlig Unjuristisches, an sich Wirkungsloses, sie entbehrt jedes inneren juristischen Willensgehaltes. Von diesem Standpunkte aus ist vor allem unerklärlich, dass handlungsunfähige Personen wie Kinder und Geisteskranke vertreten werden können. Für den infans und furiosus wäre infolge richtiger Durchführung dieser Theorie keine Stellvertretung möglich.

Hellmann — Stellvertretung S. 146 — sucht

hier einen Ausweg darin zu finden, dass er zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Stellvertretung einen begrifflichen Unterschied annimmt. Der gesetzliche Stellvertreter soll eine von dem freiwilligen Stellvertreter so verschiedene Stellung einnehmen, dass er ganz aus dem Begriffe der Stellvertretung auszuscheiden sei. Eine derartige Argumentation ist aus dem Grunde hinfällig, weil eine Wesensverschiedenheit zwischen beiden Arten der Stellvertretung in keiner Hinsicht zu Tage tritt, vielmehr auf die gesetzliche Stellvertretung die gleichen Vorschriften zur Anwendung kommen, wie auf die gewillkürte Stellvertretung.

Gegen die Theorie Savigny's lässt sich ferner einwenden, dass der Stellvertreter schon deshalb nicht als blosser Träger eines fremden Willens ohne eigenen Willen angesehen werden dürfte, weil doch mindestens zu der Entscheidung, welchen von den mannigfaltigen Willensentschlüssen des Geschäftsherrn er wählen solle, ein Willensentschluss seinerseits notwendig wäre. Diese Ansicht würde zu unbefriedigenden Konsequenzen führen. Die Wirkungen des Rechtsgeschäftes würden billiger Weise nur den Vertretenen betreffen. Soll aber die Wirksamkeit des Vertrages auch allein aus der Person des Vertretenen beurteilt werden, da er allein juristisch handelte? Hierauf schweigt Savigny, konsequenter Weise müsste er die Frage bejahen. Das gäbe aber unhaltbare Resultate.

An Savigny schliessen sich an:

1. Scheurl: Kritische Überschau Bd. I S. 336.

2. Dernburg in „Heidelberger kritische Zeitschrift“ Bd. I S. 16 ff.

3. von Canstein in „Grünhut's Zeitschrift Bd. 3 S. 684.

4. Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 8 ff.

Die Grundprinzipien der Repräsentationstheorie sind folgende:

Das Rechtsgeschäft wird abgeschlossen vom Stellvertreter, aber die Rechtswirkungen betreffen nur den Vertretenen.

Es tritt also hiernach eine „Trennung zwischen Ursache und Wirkung“ ein, wie Jhering: Geist des römischen Rechts Bd. 3 S. 166 sagt. Treffend führt Regelsberger zur Begründung der Repräsentationstheorie aus — Pandekten Bd. I S. 586.

„Alle Rechtswirkungen bewegen sich im Be„reich der Gedankenwelt und verdanken einem „Spruch der Rechtsordnung ihr Dasein. Dieselbe „Kraft, welche die Wirkung der im eigenen Namen „vorgenommenen Handlung vermittelt, lässt unter „gewissen Voraussetzungen für eine Person Wirkungen „aus einer fremden Handlung entspringen. Auch „die Entstehung der Rechtswirkung aus eigener „Handlung beruht nicht auf einem Naturcausalismus.“

Zu den Theorien, die eine Vermittelung zwischen der Theorie Savigny's und der Repräsentationstheorie anstreben, gehören die Theorie von Thöl — Handelsrecht Bd. I — Mitteis — Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, - Dolinski: Haftung des Kontrahenten für seine Gehülfen bei

der Abschliessung von obligatorischen Verträgen nach österreichischem und gemeinem Rechte — indem sie sowohl den Stellvertreter wie den Geschäftsherrn als Träger der juristischen Handlung ansehen. Das Rechtsgeschäft kommt hiernach durch das gemeinsam juristische Handeln des Stellvertreters und des Prinzipals zu stande.

Diese Konstruktion versagt meines Erachtens ebenso wie diejenige Savigny's bei der gesetzlichen Stellvertretung. Ein weiteres erhebliches Bedenken gegen dieselbe besteht darin, dass sie sich für die Erklärung des Vertretenen zuweilen mit einem vollständig inhaltlosen Willen begnügt, so bei der Generalvollmacht.

Windscheid — Pandekten § 73 — will zur Konstruktion der Stellvertretung die Fiktion verwenden, dass die Willenserklärung des Vertreters als die des Vertretenen gedacht werde oder, wie er jetzt, ohne damit im Grunde etwas von seiner bisherigen Auffassung zu ändern, in der 7. Auflage seiner Pandekten sich ausdrückt, dass eine Willenserklärung „wie die des Vertreters als Willenserklärung des Vertretenen fingiert werde".

Diese Lehre dürfte jedoch nicht zu billigen sein, einmal deshalb, weil in jeder Fiktion eine Täuschung liege, überhaupt Fiktionen nur zur Veranschaulichung eines Begriffes, nicht aber als Erklärung desselben dienen können, und sodann, weil die Vorstellung, dass der Vertretene selbst handele, zu unrichtigen Konsequenzen hinsichtlich der Handlungsfähigkeit derselben führen würde. Wäre der Vertretene als

Paziszent fingiert, so käme es auf seine Handlungsfähigkeit an, mithin wäre für den fuirosus und den infans, die der Stellvertretung am meisten bedürfen, eine solche nicht möglich.

Für die Repräsentationstheorie erklären sich ausser den Angeführten, namentlich Laband l. c., Curtius: Archiv für zivilistische Praxis Bd. 58 S. 70; Buchka: Stellvertretung §§ 19 und 21; Wend in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 277, und Brinz: Pandekten Bd. 4 § 581.

Da zufolge der Repräsentationstheorie, die vorherrschend ist, als der eigentlich Wollende und Handelnde beim Geschäftsabschluss der Stellvertreter erscheint, so müssen nur die Erfordernisse der juristischen Wirkung nach der Person des Prinzipals, dagegen die Erfordernisse der juristischen Handlung nach der Person des Stellvertreters beurteilt werden. Natürlich darf sich aber der Prinzipal in betreff solcher Tatsachen, die ihm bekannt waren, nicht hinter die Unkenntnis des Vertreters verschanzen. Das wäre eine grobe Verletzung der bona fides. In diesem Sinne entscheidet l. 51 pr. D. de aedil edicto 21,1, dass der Geschäftsherr, wenn er zum Kauf einer Sache, deren Fehler er wusste, bestimmte Weisung gegeben hat, sich nicht darauf berufen darf, dass der Mandatar sie nicht gekannt habe. Dasselbe gilt in Bezug auf Verschuldungen die in der Person des Prinzipals vorliegen.

§ 4.

Waren nun schon die Ansichten über die juristische Konstruktion der Stellvertretung so grund-

verschieden, so entstanden erst recht viele Controversen bezüglich der Frage: Haftet der Stellvertreter für den Mangel der Vollmacht und inwiefern haftet er?

Verweigert bei einem vollmachtlos abgeschlossenen Vertrage der Vertretene die Genehmigung, so kommt die mit dem Vertrage beabsichtigte Wirkung natürlich nicht zu stande, und der Vertretene, der ja mit dem dritten Kontrahenten in keinem Rechtsverhältnisse steht, bleibt ausser aller Verbindlichkeit. Infolgedessen wird dem Dritten häufig Schaden erwachsen, insbesondere wenn er z. B. mit Rücksicht auf den Vertrag Waren angeschafft oder Sendungen an den Vertretenen gemacht hat. Für den Fall, dass der Dritte den Mangel der Vollmacht kannte, oder nach Lage der Dinge kennen musste, steht ihm zweifellos kein Ersatzanspruch zu, er muss dann eben die möglicherweise entstehenden nachteiligen Rechtsfolgen auf sich nehmen.

Eine andere Frage ist es, wenn der Dritte, ohne dass ihm eine Nachlässigkeit zum Vorwurf gemacht werden kann, den Vertreter irrtümlich für bevollmächtigt hielt. Dass der Vertreter in diesem Falle verantwortlich gemacht werden müsse, wird allgemein zugegeben, allein die Art der Haftung und deren juristische Begründung ist Gegenstand lebhaften Streites in der Literatur. Darin ist man einig, dass der Stellvertreter, der eine ihm fehlende Vollmacht dolos vorgegeben hat, mit der actio doli auf Schadensersatz belangt werden kann. cfr. Hupka:

Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903 § 2.

Seuffert: Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte, — eine civilistische Abhandlung. Würzburg 1868 — sagte in dieser Beziehung S. 77:

„Hat der Gestor das Rechtsgeschäft auf den Namen „des Dominus gestellt, so ist zu unterscheiden:

„1. entweder hat der Gestor dem dritten „Kontrahenten gesagt, dass er keinen Auftrag hat, „jedoch die Genehmigung zu erhalten hofft; dann „haftet der Gestor überhaupt nicht.

„2. Hat der Gestor sich dem dritten Kontra„henten gegenüber fälschlich als einen Beauftragten „hingestellt, so hat er eine lügnerische Angabe „gemacht, und darin liegt ein dolus gegen den „Dritten. Wird die Genehmigung nicht erteilt, dann „haftet der Gestor dem Dritten jedenfalls für das „ganze Interesse, das dieser daran hatte, mit dem „Dominus das Geschäft abzuschliessen, und der „Grund dieser Haftung ist sein dolus. Die actio „doli geht also auf das ganze Interesse".

Es würde also hiernach der Stellvertreter ohne Vollmacht nur für dolose Vorspiegelung der Vollmacht haften. Derselben Ansicht ist Brinz in den „Kritischen Blättern civilistischen Inhalts" I. Heft S. 39 ff. Er fügt noch hinzu „der Tertius solle sich, wenn er ganz sicher gehen wolle, cautionem de rato geben lassen".

Diese Ansicht ist jedoch von einer unerträglichen Härte. Das hiesse der Gewissenlosigkeit im Verkehr Tür und Tor öffnen, es stellt den Tertius in den

meisten Fällen geradezu rechtlos. Ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, cautionem de rato zu verlangen, heisst das Vertrauen, auf welchem jeder geschäftliche Verkehr beruhen muss, geradezu untergraben, man hat eben das Bewusstsein, dass man sich auf einen honetten Prokurator auch ohne Klauseln verlassen kann. Und wenn man gutgläubig vertraut und sich hierin getäuscht hat, soll nach der obigen Ansicht dieses Vertrauen ein schutzloses bleiben und der kreditierende Dritte für nachlässiger gelten als der unzuverlässige Prokurator, der falsche Zusicherungen erteilt hat.

Die Genannten sind denn auch mit ihrer Ansicht fast vereinzelt geblieben. Windscheid — Pandekten Bd. I § 74 Note 7 — unterstellt in allen Fällen, in welchen der Stellvertreter unter der Vorgabe vorhandener Vollmacht kontrahiert, einen Garantievertrag, kraft dessen derselbe im Falle der Unrichtigkeit seiner Angabe auf das negative Vertragsinteresse verbindlich wird.

Diese Ansicht kann ebenfalls nicht als zutreffend erachtet werden. Stillschweigende Verträge dürfen nur dann angenommen werden, wenn die vorhandenen Umstände auf den entscheidenden Willen mit untrüglicher Sicherheit schliessen lassen. In unserem Falle ist aber gerade nichts gewisser, als dass der Stellvertreter einen Garantievertrag nicht eingehen will. Eine solche Garantie käme doch praktisch einer Versicherung gleich. Welches Interesse hat aber der Bevollmächtigte daran,

seinen Mitkontrahenten eine derartige Versicherung zu geben?

Curtius sagt im Archiv für civilistische Praxis Bd. 58 S. 101 ff. dass der Stellvertreter sich durch seinen Vertrag von selbst verpflichte, einen verpflichteten Prinzipal zu stellen. Das ist unrichtig, da der Stellvertreter sich zu garnichts verpflichtet. Bähr nimmt in den „Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts" Bd. 6 S. 289 an, dass der Stellvertreter bei Mangel der Vollmacht stets auf Erfüllung hafte, nebenbei, wenn seine Erfüllung dem Dritten nicht genügt, auf das Interesse. Er konstruiert das Verhältnis folgendermassen: „Indem P. für D. käuft, entsteht die Obligation zunächst in der Person des P. Er überweist aber die Aktivlegitimation dem D, während er dem T statt seiner Passivobligation die ihm selbst zustehende actio mandati contraria abtritt. Zeigt sich diese wegen nicht erteilten Mandats nicht realisierbar, so tritt die Kontraktsklage gegen P. wieder in volle Wirksamkeit".

Hiernach wird also der Stellvertreter bei Obligationen immer mit verpflichtet. Auch diese Ansicht kann nicht richtig sein. Sie würde zu dem Resultate führen, dass, wenn man auch für und gegen den Prinzipal die Klagen aus obligatorischen Verträgen als actiones utiles gibt, denselben doch alle in der Person des Stellvertreters begründete Einreden entgegenstehen, ein Ergebnis, dessen Unhaltbarkeit auf der Hand liegt.

Die Bemerkung Bährs, die Klage des T. gegen den Prinzipal sei eine zedierte actio mandati

contraria, ist schon deswegen unhaltbar, weil P. trotz seiner Vollmacht diese actio contraria nicht zu haben braucht, z. B. er hat vollmachtgemäss aber auftragswidrig gehandelt.

Buchka meint in seiner Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen S. 238, der Prokurator wolle überhaupt nur insoweit nicht als Kontrahent angesehen sein, als sein Mandant Kontrahent werde. Es falle also für ihn der Grund der Befreiung von der Obligation fort. Diese Ansicht ist in gleicher Weise wie die von Bähr zu verwerfen.

Jhering lässt in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 273 ff in dem Aufsatze „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte" den Prokurator für Schadensersatz wegen culpa haften.

Dagegen ist einzuwenden, dass die Begründung, die Jhering dieser Ansicht zu teil werden lässt, mit derselben nicht übereinstimmt. Diese Ansicht vermag nämlich eine Haftung des Boten für den Mangel der Vollmacht garnicht zu begründen. Sie kann daher praktisch nicht befriedigen.

Zimmermann sagt in seiner „Lehre von der stellvertretenden neg. gestio", dass der Prinzipal bei mangelnder Vollmacht ratihabieren oder auch den Vertrag zurückstossen könne. Demnach sei der Tertius in der ungünstigen Lage, dem Dominus auf seinen Wink verhaftet zu sein. Das im Verkehr erforderliche Gleichmass von Recht und Pflicht verlangte es aber, dass auch der Tertius jemanden haben müsse, an den er sich halten könne. Dies

sei aber, wenn Ratihabition ausbleibe, offenbar niemand anders, als der Stellvertreter, der ihm sonach auf Grund der bona fides und zwar auf Erfüllung hafte, zu bemerken sei allerdings, dass der Prokurator den dritten in eine sehr bedenkliche Lage gebracht habe. Der Dominus werde nur ratihabieren, wenn der Vertrag sich für ihn als günstig herausstelle, und er werde den Tertius an den Prokurator verweisen, wenn die Sache für ihn eine ungünstige Wendung nehme. Wenn also der Tertius dem Dominus auf Erfüllung hafte, ohne seinerseits Erfüllung verlangen zu können, so müsse er doch von jemandem Erfüllung verlangen können, damit er nicht rein einseitig hafte; dies könne aber nur der Prokurator sein.

Beide Ausführungen gehen fehl. Erstens ist es unrichtig, daraus, dass der Tertius möglicherweise dem Dominus hat erfüllen müssen, Gegenfolgerungen zu ziehen für den Fall, dass diese Erfüllungspflicht ihn nicht getroffen hat; denn dann zeigte sich ja nachher, dass er jetzt nicht mehr erfüllungspflichtig ist, er hat also jetzt auch kein Interesse, vom Stellvertreter ein Äquivalent für das zu verlangen, was von ihm gar nicht gefordert wird. Dass der Tertius möglicherweise hätte erfüllen müssen, ist kein Grund für ihn, ein Äquivalent der Erfüllung zu verlangen, auch wenn er selbst in Wahrheit nicht hat zu erfüllen brauchen; denn nur ein wirklich eingetretener Schaden kann juristisch berücksichtigt werden, nicht schon die Gefahr desselben. Zweitens ist es unbegründet, das Äquivalent jener Gefahr gerade in

der Erfüllung zu erblicken. Für eine Gefahr als solche, für einen gar nicht eingetretenen Schaden gibt es überhaupt kein Äquivalent.

Mitteis führt in der „Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1883 S. 161“ aus, das werde wohl nicht bestritten werden können, dass eine Erfüllungspflicht sich für den Stellvertreter in keiner Weise begründen lasse; denn die Verpflichtung, einen Vertrag zu erfüllen, könne eben nur denjenigen treffen, der diese Pflicht aus freiem Willen auf sich genommen habe. Daraus aber, dass der Prokurator die Verpflichtung aus dem Vertrage nicht auf die eigene Person genommen hätte, folge keineswegs, dass er aus dem Vertrage für nichts hafte. Es bleibe bestehen, dass er kontrahiert habe, dass er also die durch die bona fides erforderte rechtsgeschäftliche Diligenz aufzuwenden habe und dass er für die dolose und kulpose Vernachlässigung derselben hafte, gleich wie der Deponent und precario dans, die sich auch zu gar nichts verpflichten wollten, für kulpose Hingabe einstehen müssten. Also hafte der Prokurator für den Mangel der Vollmacht, wenn er dolos oder kulpos die fehlende Legitimation behauptet habe, oder in Überschreitung der Vollmacht gehandelt habe. Seine Haftung gehe auf Ersatz des kulpos angerichteten Schadens; also nicht auf das, was der Tertius bei der Richtigkeit der Vollmacht gehabt haben würde, sondern auf das, was er gehabt haben würde, wenn er sich mit dem Prokurator nie eingelassen hätte. Das sei das negative Vertragsinteresse. Die Be-

schränkung der Verantwortlichkeit des falsus procurator auf culpa sei gerechtfertigt und andererseits die Haftung auf Schadensersatz eine ausreichende. Nichts sei ungerechter, als wenn man den schuldlosen Prokurator, das unschuldige Werkzeug des unglücklichen Zufalls, dem erzürnenden Dritten ausliefern wollte. Dass eine Vollmacht gefälscht sei, sei eben für das Rechtsgebiet reine Zufälligkeit, deren unangenehme Folgen derjenige tragen müsse, dem sie zu seinem Leide begegnen. Das Recht sei nicht berufen, die Menschen mehr vor Zufall zu schützen, als sie in ihrem physischen Dasein davor geschützt seien. Das Interesse des Dritten sei aber auch durch die Verpflichtung des Prokurators zum Schadensersatze genügend gewahrt. Ihm unbedingte Erfüllung zuzusprechen, heisse, ihn auf Kosten des Prokurators ein gutes Geschäft machen lassen. Die Erwartung auf Erfüllung sei nur dort realisierbar, wo sie sich auf ein Versprechen gründe; ein Versprechen liege aber hier nicht vor; ohne Versprechen könne jedoch immer nur eine Obligation auf Schadensersatz entstehen. Der Stellvertreter hafte für jene Diligenz, welche in dem betreffenden Kontraktsverhältnisse von seinem vermeintlichen Prinzipal gefordert würde. Also wo der Prinzipal für levis culpa hafte, hafte auch er für levis culpa in contrahendo und wo der Prinzipal für culpa lata hafte, sei auch er nur für diese verantwortlich. Der Grad des Verschuldens richte sich regelmässig darnach, ob der betreffende Kontrahent an der Eingehung des Vertrages ein Interesse habe oder nicht.

Der Stellvertreter nun teile überall, wo der Prinzipal an der Eingehung dieses Vertrages selbst interessiert sei, eben als Vertreter der Interessen des Prinzipals dieses Interesse; während umgekehrt in Fällen, wo der Vertrag lediglich zu Gunsten des Tertius eingegangen würde, auch er kein Interesse an demselben habe. Derselbe Grundsatz gelte auch dann, wenn die Vollmacht überschritten sei.

Diese Konstruktion führt, wie Mitteis selbst betont, niemals zu einem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse und noch weniger auf eine wirkliche Erfüllung. Demnach lässt diese Auffassung den dritten im Stich, wenn sich der Vertreter über seine Vollmacht in einem entschuldbaren Irrtum befindet. Den Anforderungen der Gerechtigkeit und der Verkehrssicherheit vermag sie hiermit nicht zu genügen. Wenn Mitteis es als eine Härte bezeichnet, dass der Stellvertreter auch da verantwortlich gemacht werden solle, wo er „in völlig gutem Glauben infolge eines entschuldbaren Irrtums sicht für bevollmächtigt hielt", so dürfte nicht minder darin eine Unbilligkeit zu erblicken sein, dass der Dritte in solchen Fällen ohne jeden Anspruch gegen den Stellvertreter bleiben sollte. Es ist zudem ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis, dass der Dritte in seinem berechtigten Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Willenserklärungen des Stellvertreters rechtlich geschützt wird.

Richtig ist meines Erachtens folgendes. Im Falle des dolus muss der Stellvertreter auf Erfüllung haften; denn der Stellvertreter darf sich nicht auf

seine Lüge berufen können. Liegt nur culpa vor, dann ist der Stellvertreter nur für Schadensersatz verantwortlich. Allein diese Deliktshaftung ist für die Verkehrsverhältnisse nicht ausreichend. Die Verkehrssicherheit erfordert, dass die Haftung des Vertreters für die Richtigkeit der Vollmacht auch auf den Fall seiner Schuldlosigkeit ausgedehnt werde. Man darf daher zur Konstruktion der Haftung des unbevollmächtigten Vertreters als allgemeine Grundlage nicht eine schuldhafte Handlung desselben annehmen, wie einige der vorhergenannten Schriftsteller es tun. Allerdings ist aus dem römischen Recht eine so weitgehende Ersatzpflicht des Stellvertreters nicht herzuleiten, denn dieses wird, wie allgemein anerkannt wird, durchaus von dem Verschuldungsprinzip beherrscht. Wenn Eisele — Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 25 S. 484 f. — behauptet, dass bereits das römische Recht für gewisse Fälle eine Haftung über schuldhafte Schädigung hinaus statuiert habe, so dürfte er wohl mit seiner Ansicht allein stehen. Der Beweis hierfür ist ihm jedenfalls nicht gelungen. Mit Recht sagt Hupka l. c. S. 35: „Eine andere Haftung des Vertreters als „die ex contractu und die ex delicto ist nach den „Quellen nicht zu begründen; insbesondere ist diesen „das Prinzip der culpa in contrahendo fremd. Eben„sowenig kann aber davon die Rede sein, dass sich „im gemeinen Recht auf dem Wege der Gewohnheit „neue generelle Haftungsgründe ausgebildet haben, „und es hat daher die Zurückführung der Vertreter„haftung auf die Schadensverursachung als solche

„oder gar auf die bona fides im positiven gemeinen Recht keinen Halt."

Bezüglich der Frage, ob und in welchem Umfange der Stellvertreter dem Dritten haftet, wenn er keine Vollmacht besass und der Machtgeber das für ihn abgeschlossene Geschäft nicht genehmigt, äussert sich das Reichsgericht in Bd. 6 S. 215 wie folgt: „Die Rechtsgrundsätze der Art. 55 des alten HGB. „und 95 der WO. haben in mehreren deutschen „Landesgesetzgebungen Eingang gefunden. — §§ 9, „16 ALR. I., 13; § 789 sächsischen BGB. — Die „Bestimmungen des HGB. und der WO. enthalten „kein Sonderrecht für das Handels- und Wechsel-„recht, sondern dieselben Rechtsgrundsätze haben „auch Gültigkeit im gemeinen Rechte. Der falsus „procurator schliesst seinerseits den Vertrag mit dem „Dritten ab, wenn auch in fremdem Namen. Die „rechtliche Folge, dass der Machtgeber direkt ver-„pflichtet wird, und der Bevollmächtigte ausser Ver-„bindlichkeit bleibt, tritt nur ein, wenn die behauptete „Vollmacht in Wirklichkeit erteilt ist. Fällt diese „Voraussetzung fort, so haftet der angeblich Bevoll-„mächtigte als Kontrahent. Er würde arglistig „handeln, wenn er den Dritten an den Machtgeber „verweisen wollte, obwohl er weiss oder wissen „muss, dass in seiner Bereiterklärung, persönlich in „den Vertrag einzutreten, die Erfüllung seiner Ver-„bindlichkeit gefunden werde. Denn ihm gegenüber „ist eine Verbindlichkeit des Dritten überhaupt nicht „existent geworden. Es hängt deshalb von der „Wahl des Dritten ab, ob er den falsus procurator

„als Kontrahent auf Erfüllung oder auf Entschädigung „in Anspruch nehmen will."

Es ist meiner Ansicht nach nicht richtig, die Bestimmungen des HGB. über die Haftung des Prokuristen ohne weiteres auch auf das gemeine Recht auszudehnen, cfr. Hupka l. c. S. 69 ff. Der Grund für die Haftung aus Art. 55 HGB. wird im folgenden Paragraphen ausgeführt werden, vgl. S. 43 f.

Was nunmehr den Gegenstand der Haftung des unbevollmächtigten Vertreters betrifft, so folgt aus der Natur einer vom schuldhaften Handeln unabhängigen Schadensersatzpflicht, dass der unbevollmächtigte Vertreter nur für den Schaden, den der dritte Kontrahent durch das Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages erlitten hat, also für das negative Vertragsinteresse einzustehen hat. Diese Grundsätze bezüglich der Haftung, die für das gemeine Recht so bestritten waren, haben im BGB. ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden — vgl. die Ausführungen S. 53—61.

In einigen Quellenstellen — l. 62 § 1 D 18,1; l. 8, l. 9 D 18,4; l. 8 § 1 D 11,7 — ist eine Verpflichtung des Erklärenden zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses an die Tatsache geknüpft, dass ein Vertrag wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung ungültig ist. Dass diesen Vorschriften zu Grunde liegende Prinzip lässt sich etwa dahin fassen, dass der Erklärende einstehen soll für den Schaden, welcher dem Vertragsgegner dadurch

erwächst, dass er sich auf die Rechtsbeständigkeit des ungültigen Vertrages verliess. Es soll im Interesse der Verkehrssicherheit dem Erklärenden die Garantie für die Gültigkeit seiner Erklärung auferlegt werden. Ein Grund, weshalb die Schadensersatzpflicht auf den Fall der objektiven Unmöglichkeit der Leistung beschränkt werden sollte, lässt sich nicht finden. Man muss daher meines Erachtens annehmen, dass die Schadensersatzpflicht nicht auf diesen Fall zu beschränken ist, zumal wenn man erwägt, dass die Quellen auch sonst bisweilen kasuistisch entscheiden, ohne ein der Entscheidung zu Grunde liegendes Prinzip zu entwickeln. Die Schadensersatzpflicht ist vielmehr auch da anzunehmen, wo ein Vertrag ungültig ist, weil einer Willenserklärung kein wirklicher Wille zu Grunde liegt.

Die Voraussetzungen dieser Haftung sind:

1. Es muss zu einem scheinbar gültigen Vertrage gekommen sein;

2. Es muss ein Schaden dadurch verursacht sein, dass man sich auf die Rechtsbeständigkeit der ungültigen Erklärung des Vertragsgegners verliess. Eine Verschuldung ist nicht erforderlich, die objektive Tatsache des Kontrahierens als Ursache des Schadens ist hinreichend;

3. Erfordert muss schliesslich werden, dass der Geschädigte mit der Sorgfalt eines bonus pater familias die Gültigkeit der Erklärung geprüft hat; denn wenn er bei der Prüfung fahrlässig gehandelt hat, so ist sein fahrlässiges Verhalten Ursache seines

Schadens und „quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intellegitur damnum senire".

Gegenstand des Schadensersatzes ist nicht das Interesse, welches der Geschädigte an der Erfüllung des Vertrages hatte, sondern der Wert des Schadens, der dadurch entstanden ist, dass es überhaupt nicht zu dem scheinbaren Vertrage kam, das sogenannte „negative Vertragsinteresse". Dies ist billig; denn der Schadensersatz soll nicht höher sein, als der Schaden selbst.

§ 5.

Wie steht es denn mit der Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht nach dem früheren Handelsgesetzbuche? Hinsichtlich des Begriffes der unbefugten Stellvertretung ist ebenfalls der Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag festzuhalten. Es ist zu unterscheiden:

I. Dem dritten Kontrahenten ist der Mangel der Vertretungsbefugnis oder die Überschreitung der Vollmacht bekannt. Alsdann sind beide Kontrahenten darüber einverstanden, dass der Stellvertreter weder berechtigt noch verpflichtet werden soll, und dass der Vertretene nur berechtigt und verpflichtet werden kann, wenn er das Geschäft gutheisst. Daher wird in keinem Falle der Stellvertreter aus dem Geschäfte berechtigt oder verpflichtet, ebensowenig ist der Vertretene verbunden, das in seinem Namen abgeschlossene Geschäft anzuerkennen, wohl aber ist er dazu befugt. Es ist das Verhältnis geradeso anzuerkennen, als wenn ein befugter Stellvertreter,

z. B. ein Prokurist oder Handelsgesellschafter ein Geschäft unter der ausdrücklichen Bedingung abschliesst, dass der Prinzipal oder die anderen Gesellschafter ihre persönliche Einwilligung zu dem Geschäfte erklären. Ratihabiert der Vertretene das Geschäft, so gilt die Stellvertretung dadurch als von Anfang an befugt, und es treten dieselben Rechtswirkungen ein, welche ein im Namen des Prinzipals von einem Bevollmächtigten innerhalb seiner Befugnisse abgeschlossenes Geschäft hervorbringt. Ratihabiert der Vertretene das Geschäft nicht, so gilt das Geschäft als überhaupt nicht abgeschlossen, und es entstehen für keine der dabei beteiligten Personen Rechte oder Verbindlichkeiten. Art. 55 Abs. 2. l. c.

II. Dem Dritten ist der Mangel der Vertretungsbefugnis oder die Überschreitung derselben unbekannt. Auch in diesem Falle kann der Mangel durch die nachfolgende Ratihabition des Vertretenen gehoben werden, die unbefugte Stellvertretung wandelt sich dadurch in eine befugte um. Erfolgt die Ratihabition nicht, so ist der vom unbefugten Stellvertreter abgeschlossene Vertrag als s o l c h e r unwirksam; denn er wollte für seine Person sich nicht verpflichten und ebensowenig wollte der Dritte sich i h m gegenüber obligieren, den Vertretenen konnte er nicht verpflichten. Der angebliche Stellvertreter ist aber zum Schadensersatze verpflichtet. — Art. 55 Abs. 1 l. c.

Über die juristische Konstruktion dieser Verpflichtung sind irrige Ansichten aufgestellt worden.

Einerseits geht man davon aus, dass der Vertrag

ursprünglich und eigentlich zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten zu stande gekommen sei, jedoch die Nebenbestimmung enthalten habe, dass der Prinzipal materiell zur Erfüllung verpflichtet und berechtigt sei; diese Nebenbestimmung falle weg, und daraus ergebe sich, dass der Pseudobevollmächtigte persönlich hafte, — von Hahn, Kommentar zum HGB. S. 149.

Eine andere Ansicht nimmt an, dass der als Bevollmächtigte sich gerierende beim Abschluss des Vertrages stillschweigend eine Garantie für das Bestehen des Vollmachtsverhältnisses und mithin für die Rechtsbeständigkeit des betreffenden Geschäfts übernommen habe, — so Schliemann, kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Schwerin 1858 S. 25.

Beide Konstruktionen sind jedoch mit der Natur der Sache unvereinbar. Die erste Konstruktion würde konsequent zu dem Resultate führen, dass der Pseudobevollmächtigte auch berechtigt wäre, seinerseits die Erfüllung des Vertrages von seinem Mitkontrahenten zu verlangen. Allein dieses Recht hat er nicht; denn der Mitkontrahent wollte sich ihm gegenüber nicht verpflichten. Nur der Vertretene sollte nach dem übereinstimmenden Willen der beiden Kontrahenten aus ihrem Vertrage Rechte und Pflichten erwerben, wird er nicht das Subjekt dieser Obligation, so entsteht diese Obligation überhaupt garnicht. So wenig nun der unbefugte Stellvertreter als der eigentlich oder ursprünglich Berechtigte sich bei ausbleibender Ratihabition gerieren kann, so

wenig kann man ihn als den eigentlichen Verpflichteten ansehen.

Die zweite Konstruktion widerspricht ebenfalls dem deutlich erklärten Willen der Parteien. Sie beruht auf demselben Fehler, wie die erste, nämlich, dass sie eine vertragsmässige Obligation für Jemanden entstehen lässt, der deutlich erklärt hat, dass er nicht sich, sondern einen Dritten, den Geschäftsherrn verpflichten will; nur legt sie dieser Obligation einen anderen Namen bei, statt Obligation aus dem Kauf etc. nennt sie seine Obligation Garantieverpflichtung. Laband gelangt zu folgendem Ergebnis. Er behauptet, die Schadensersatzverbindlichkeit beruhe auf einer culpa in contrahendo. Diese culpa des Pseudo-Bevollmächtigten bestehe nicht darin, dass er sich als Vertreter eines Anderen geriere, ohne in Wahrheit Vertretungsbefugnis zu haben, sondern sie bestehe entweder darin, dass der Vertreter sich für befugt halte, jedoch in der Prüfung seiner Vollmacht, sei es hinsichtlich ihres Umfanges, oder sei es hinsichtlich ihrer Gültigkeit, eine Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen lasse, so dass er sich also in einem verschuldeten Irrtum befinde; oder darin, dass der Vertreter den Mangel seiner Befugnis positiv kenne, es aber verabsäume, den andern Kontrahenten darauf aufmerksam zu machen, dass er ohne Vollmacht sich als Stellvertreter geriere. Eine Klage gegen den Stellvertreter sei dagegen nicht begründet, wenn er in Folge eines unverschuldeten Irrtums sich für bevollmächtigt halte, eine Klage auf Erfüllung des Kontrakts sei nicht zulässig, weil der

Stellvertreter keine wirksame Willenserklärung abgegeben habe, eine Schadensersatzklage sei ausgeschlossen durch die beiderseitige bona fides. Ebensowenig sei eine Klage zulässig, wenn dem Stellvertreter zwar der Mangel seiner Vollmacht bewusst wäre, oder hätte bewusst sein müssen, der andere Kontrahent aber ebenfalls den Mangel der Vertretungsbefugnis kannte oder hätte kennen müssen, weil alsdann wegen des beiderseitigen Versehens der Stellvertreter von der Haftung für seine culpa frei sei. Die Voraussetzungen für die Haftpflicht des angeblichen Stellvertreters seien:

1. dass er selbst den Mangel seiner Vertretungsbefugnis kännte oder hätte kennen müssen.

2. dass der Mitkontrahent diesen Mangel nicht kenne und ihm auch nicht Umstände bekannt seien, aus denen er ihn bei schuldiger Aufmerksamkeit hätte entnehmen können. Dass der Stellvertreter einen dolus sich habe zu Schulden kommen lassen, sei zur Begründung der Klage nicht erforderlich, es genüge eine culpa. Die Klage gegen den Stellvertreter gehe auf Schadensersatz; aber nicht blos auf den Ersatz des damnum emergens, das dadurch entstehe, dass das abgeschlossene Geschäft von dem Vertretenen nicht erfüllt werde z. B. die zum Zwecke der Erfüllung bereits gemachten Auslagen, Frachtunkosten u. dgl., sondern auch auf den Ersatz des Gewinnes, der bei Erfüllung des Geschäftes für den andern Kontrahenten hervorgehen würde. Nicht blos das negative Interesse, sondern das positive Interesse müsse der scheinbare Stellvertreter ersetzen. Das

folge aus dem im Art. 283 HGB. anerkannten allgemeinen Prinzip: „Wer Schadensersatz zu fordern hat, „kann die Erstattung des wirklichen Schadens und „des entgangenen Gewinnes verlangen". Der Dritte könne auch, wenn er wolle, weder Schadensersatz noch Erfüllung verlangen, sondern die Sache auf sich beruhen lassen. Der Stellvertreter habe kein Recht auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen.

Laband sucht hier also nachzuweisen, dass der Art. 55 l. c. nur die culpa in contrahendo des Geschäftsführers bedrohe und dass von dessen Haftung im Falle entschuldbaren Irrtums keine Rede sein könne. Seine Konstruktionen sind meines Erachtens nicht zutreffend, weil ihnen der Wortlaut des Gesetzes klar und deutlich gegenüber steht, der als Voraussetzung der eigenen Haftung des Geschäftsführers lediglich Abschluss eines Handelsgeschäfts in fremdem Namen bei fehlender Vollmacht anführt. Er übersieht ferner, dass hier ein neues auf spezifisch deutscher Grundlage beruhendes Prinzip in die Erscheinung tritt. — Staub 33 zu Art. 55 — cfr. Hupka l. c. S. 70 wo es heisst: „Dass die Art. 55, „298 zur Entstehung der Haftung ein Verschulden „des Vertreters nicht fordern, wird mit Recht nahezu „allgemein anerkannt".

Der Grund für die Haftung aus Art. 55 l. c. ist leicht einzusehen. Das ganze Handelsrecht beruht auf der bona fides, demnach war der Kaufmann berechtigt, das Vorhandensein einer Vollmacht anzunehmen, wenn der andere sich als Stellvertreter ausgab. Ein solch weitgehendes Vertrauen zu dem

Andern muss man im Handelsrecht unbedingt auch einen entsprechenden Schutz im Handelsrechte finden lassen, mit anderen Worten, das Vertrauen des Dritten dem Geschäftsführer gegenüber, der es in Anspruch nimmt, muss im Handelsverkehr rücksichtslos geschützt werden. Trotzdem also das zwischen den beiden abgeschlossene Geschäft eine persönliche Verpflichtung der beiden gegen einander ablehnte, soll doch entgegen dem Vertrage von Rechtswegen eine persönliche Haftung des Geschäftsführers dem Dritten gegenüber bestehen und geltend gemacht werden können.

Die persönliche Haftung nach Handelsrecht ist für die im Art. 55 bezeichneten Fälle ausgesprochen, weil es in der Absicht beider Teile liegt, ein nach Handelsrecht zu beurteilendes Geschäft zwischen dem Prinzipal und dem Dritten Kontrahenten zu stande zu bringen.

Es würde zu offenbaren Ungerechtigkeiten führen, wenn jene Auftragsüberschreitung nicht blos die Person des Verpflichteten, sondern die ganze Natur des Geschäfts derart ändern sollte, dass nunmehr ein ganz anderes Recht Anwendung finden müsste, als auf welches bei Eingehung des Geschäftes Rücksicht genommen wurde. Insbesondere würde diese Ungerechtigkeit in den Fällen hervortreten, in welchen das Civilrecht zur Gültigkeit des Geschäftes gewisse Formen erfordert, welche von den Parteien nicht beobachtet würden, weil sie nach Handelsrecht unnötig sind, z. B. schriftliche Vertragsform.

Der Dritte kann zufolge Art. 55 den angeblichen

Bevollmächtigten beziehungsweise den Bevollmächtigten, welcher seine Vollmacht überschritten hat, nach seiner Wahl auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen. „Der Vertreter schuldet Schadens-„ersatz und Erfüllung alternativ, nicht nebeneinander. „Daher kann der Dritte, wenn er die Erfüllung ge-„wählt hat, nicht ausserdem noch Ersatz verlangen „für einen über den Wert der Erfüllung hinaus-„gehenden Schaden — z. B. für die Kosten des „gegen den vermeintlichen Prinzipal geführten Pro-„zesses Wohl aber gebührt ihm auch in diesem „Falle Ersatz für den durch die Verspätung der Er-„füllung entstandenen Schaden, denn die Vergütung „des Zeitinteresses bildet einen Bestandteil der „Erfüllung", so Hupka, l. c. 73. Es wird fingiert, es sei mit dem Bevollmächtigten selbst ein wirklicher Vertrag geschlossen worden, und dies begründet die Erfüllungsklage. Diese Fiktion ist angenommen, um den Kontrahenten von den oft misslichen Beweisführungen zur Begründung der Schadensersatzklage zu befreien. Die Frage bezüglich der Beweislast ist zu Lasten des Vertreters zu entscheiden. Er hat den Beweis zu erbringen, dass er Vertretungsmacht gehabt habe. cfr. Hupka l. c. S. 70 und meine Ausführungen S. 58 ff.

Die Frage, ob der Geschäftsherr dann, wenn der Geschäftsführer die Vollmacht überschritten hat, teilweise das Geschäft gegen den Willen des Geschäftsführers genehmigen und wann der Dritte seine Rechte teilweise gegen den Geschäftsherrn und teilweise gegen den Geschäftsführer geltend machen

kann, unterliegt der Beurteilung nach allgemeinen Grundsätzen. Nach diesen kommt es darauf an, ob wirklich nur ein Geschäft vorliegt, oder ob in dem Geschäfte eigentlich mehrere Geschäfte enthalten sind. In ersterem Falle ist eine Teilung unzulässig, im zweiten zulässig. Käuft der Geschäftsführer, welcher nur 6 Stück kaufen sollte, 12 Stück, so ist eine Teilung zulässig, soforn nicht die Ware nur dutzendweise verkäuflich gewesen. Hat der Geschäftsführer ein Preislimitum überschritten, so ist eine Teilung ohne Konsens des Geschäftsherrn unstatthaft. Die Bestimmung des Art. 55 Abs. 1 l. c., die auf jeden Fall die verantwortliche Haftung des Geschäftsführers festsetzt, wenn seine Behauptung oder Annahme, er sei bevollmächtigter Stellvertreter, tatsächlich unrichtig gewesen ist, gleichgültig, ob er dazu infolge entschuldbaren Irrtums gekommen ist oder nicht, stellt eine positive Fortbildung gegen das gemeine Recht dar. Denn diese Haftung entspricht eben der positiven gesetzlichen Bestimmung. Diese strengen Bestimmungen sind den besonderen Verhältnissen des Handels angepasst, da es hier auf eine besonders schleunige Abwickelung der Verbindlichkeiten ankommt. Sodann ist es eine richtige Bemerkung von Mitteis — l. c. S. 171 — dass bei dem Kaufmann im Zweifel anzunehmen ist, dass er ohne das Dazwischentreten des vollmachtlosen Stellvertreters mit einem andern kontrahiert haben würde, da er gewerbemässig kontrahiert und die Ware in seinem Geschäfte braucht. Für ihn besteht daher regelmässig die Vermutung, dass ihm Erfüllung entgangen sei.

Es ist somit zur Genüge dargetan, dass im gemeinen Rechte und im Handelsrechte die Ansichten bezüglich der Lehre von der Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht sehr verschieden waren, ja dass man erst später in der Litteratur Vollmacht vom Auftrag zu unterscheiden wusste. Auch über das Wesen der Vollmacht war man sich, wie bereits hervorgehoben, unklar, Laband sieht in der Bevollmächtigung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, einen Konsensualvertrag, in der Konstruktion wie der Auftrag; demgegenüber drang die Ansicht durch in der gemeinrechtlichen Litteratur, dass die Vollmacht durch einseitige Erklärung des Vollmachtgebers entstände, dass somit die Bevollmächtigung, der Akt der Erteilung, ein einseitiges Rechtsgeschäft sei. Aber auch die Vertreter dieser Theorie vermochten sich nicht darüber zu einigen, an wen denn diese Erklärung des Vollmachtgebers zu richten sei. Nach der einen Ansicht muss sie an den Bevollmächtigten — Mitteis, Zimmermann, Dernburg —, nach einer andern an den Dritten gerichtet sein, mit dem kontrahiert werden soll. Andere — Windscheid — lassen sowohl durch Erklärung an den Bevollmächtigten wie an den dritten Kontrahenten eine vollgültige Vollmacht entstehen.

Verschiedene Schriftsteller, u. a. Leske — vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des preussischen Allgemeinen Landrechts I. Hälfte S. 93 — Scheerer — die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen I. Teil Bd. 6. — bezeichnen bald die Vertretungsmacht,

bald die Erteilung derselben, die Bevollmächtigung, als Vollmacht.

Aus allem Angeführten ersehen wir, dass eine allgemeine anerkannte Feststellung des Wesens und Umfangs der Vollmacht fehlt.

Das neue Handelsgesetzbuch hat die Regelung der ganzen vollmachtlosen Stellvertretung ausschliesslich dem BGB. überlassen. Es heisst dazu in der Denkschrift S. 53:

„Der bisherige Artikel 55, der die Haftung des-„jenigen regelt, welcher als Prokurist oder Handlungs-„bevollmächtigter auftritt, ohne Prokura oder „Handlungsvollmacht zu haben, kann mit Rücksicht „auf § 179 BGB., der im Wesentlichen die gleichen „Grundsätze zur Geltung bringt, gestrichen werden. „Die Abweichungen der letzteren Vorschrift vom „HGB. beziehen sich auf Einzelheiten und sind auch „vom Standpunkte des Handelsrechts als Ver-„besserungen zu betrachten. Allerdings fällt mit der „Beseitigung des bisherigen Art. 55 zugleich die „Bestimmung weg, dass die Haftung desjenigen, der „in gedachter Weise als Vertreter auftritt, sich nach „Handelsrecht bestimmt, also namentlich den in dem „bisherigen 4. Buche enthaltenen allgemeinen Vor-„schriften unterliegt."

Wie oben gezeigt, waren die Ansichten über die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht sehr verschieden, sowohl im gemeinen Rechte als auch in den anderen Gesetzgebungen, es war daher an der Zeit, dass ein Gesetz ins Leben trat, dass zu

diesen mannigfachen Streitpunkten in klarer und bestimmter Weise Stellung nahm.

Ein solches Gesetz ist uns gegeben im bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 6.

Das bürgerliche Gesetzbuch erkennt in Übereinstimmung sowohl mit dem gemeinen Recht als auch mit allen neueren Gesetzgebungen der Regel nach Vertretung als zulässig an. Es versteht ebenfalls unter „Vertreter“ regelmässig nicht nur denjenigen, welcher Vertretungsmacht hat, sondern auch denjenigen welcher, obwohl er diese Macht nicht hat, doch als Vertreter auftritt. — § 171 ff. Unter „Vertretung“ versteht das Gesetz nur den Vertreter im Willen, nicht denjenigen, dessen sich jemand zur Übermittelung seiner Erklärung bedient, den sogen. Boten. Dieser ist nur Werkzeug des Erklärenden; die Übermittelung der Erklärung durch ihn hat rechtlich keinen anderen Charakter als die Übermittelung durch Brief oder Telegramm. Vertreter kann nur sein, wer nicht geschäftsunfähig ist, Bote kann auch der Geschäftsunfähige sein.

Der Stellvertretung ist wesentlich:

1. Ein Handeln des Vertreters, also eine Willenserklärung von seiner Seite und

2. im Namen des Vertretenen, d. h. der Vertreter muss den Vertretungswillen kundgegeben haben. Ist die Kundgebung nicht erfolgt, so ist die Vertretererklärung unvollständig — cfr. S. 5 und 6 der Ausführungen —.

Man kann regelmässig Rechtsgeschäfte durch einen Vertreter in der Weise abschliessen, dass dieser Vertreter seinen eigenen Willen im Namen oder an Stelle des Prinzipals erklärt. In vermögensrechtlicher Beziehung giebt es insoweit Ausnahmen, als diese durch die Natur einzelner Willenserklärungen bedingt werden So ist im Familien- und Erbrechte wegen der in diesen Gebieten sich findenden höchstpersönlichen Natur zahlreicher Rechtsverhältnisse eine Vertretung gesetzlich vielfach ausgeschlossen. Das BGB. spricht von der Vertretung vermöge einer dem Vertreter zustehenden Vertretungsmacht. Die letztere kann auf Gesetz beruhen, — z. B. gesetzliche Vollmacht des Vaters, Vollmacht des Vormundes, Schlüsselgewalt der Frau im § 1557 BGB. — oder durch Rechtsgeschäfte erteilt sein, im zweiten Falle bezeichnet das BGB. sie als Vollmacht. Vollmacht ist also nach dem BGB. die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht.

Auch nach BGB. werden Vollmacht und Auftrag scharf auseinander gehalten. Während die Vollmacht im „Allgemeinen Teil" behandelt wird, ist die Lehre von dem Auftrage im zweiten Teile enthalten.

Bezüglich der Frage, wer bei der Stellvertretung der eigentliche Kontrahent ist, der Stellvertreter oder der Vertretene, hat das BGB. in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts die Repräsentationstheorie aufgenommen. Dies folgt aus § 166 BGB, wo es heisst:

„Soweit die rechtlichen Folgen einer Willens-
„erklärung durch Willensmängel oder durch die
„Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände

„beeinflusst werden, kommt nicht die Person des „Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht".

Nur als Ausnahme im Interesse der Billigkeit bestimmt § 166 Abs. 2 BGB., dass sich der Vollmachtgeber, falls der Vertreter im Falle einer durch Rechtsgeschäfte erteilten Vertretungsmacht nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat, in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen kann. Die Vollmacht enthält die rechtliche Macht, nicht blos mit rechtlicher Wirkung für einen anderen zu handeln, sondern dessen Handeln durch die eigene Handlung zu ersetzen.

Nach § 167 BGB. erfolgt die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vetretung stattfinden soll. Sie erfolgt also nicht gemäss der Laband'schen Vertragstheorie, sondern, der bislang herrschenden Ansicht entsprechend durch einfache Erklärung.

Das Auftreten im Namen des Vollmachtgebers ist zur Vertretung nötig, nicht zur Vollmacht. Es ist unmöglich, mit den Bestimmungen des BGB. die Ansicht Lenels zu vereinbaren, dass der Bevollmächtigte, so lange nur ihm gegenüber die Vollmacht erteilt sei, nur als Bote des Vollmachtgebers gelte, und erst durch Überbringung der Botschaft eine vollgültige Vollmacht erhalte. Beide Arten der Vollmacht sind vielmehr als gleichwertig zu betrachten. Was die Vollmacht im Handelsverkehr angeht, so ist es, wenn ein Kaufmann

jemandem Prokura erteilt hat. unnütz, durch mündliche oder schriftliche Erklärung noch zu spezialisieren, zur Vornahme welcher Geschäfte der Prokurist befugt ist; denn dieser erhält durch die Erteilung der Prokura die gesetzlich begrenzte Vollmacht der §§ 47 und 54 HGB. Hierdurch wird es jedem Dritten möglich, auf Grund des HGB. zu prüfen, ob das mit einem Prokuristen kontrahierte Geschäft in den Kreis der dem Prokuristen erlaubten Geschäfte fällt. Völlig einerlei ist es hier, ob der Geschäftsherr den Abschluss einzelner Geschäfte untersagt hat, da eben die Prokura den gesetzlich festgelegten Inhalt hat, der keiner Änderung durch den Parteiwillen unterliegt. Es kann ein derartiges Verbot sogar dem Dritten beim Abschluss eines darunter fallenden Geschäftes bekannt sein, dennoch bindet das abgeschlossene Geschäft den Vollmachtgeber. Das BGB. steht auf dem Standpunkte, dass eine gesetzliche Fixierung des Inhalts der Vollmacht, so bequem sie auch für die Sicherheit des Dritten ist, doch für das bürgerliche Recht besser nicht anzuwenden ist, dass auch für die mannigfachen Formen, in denen der bürgerliche Geschäftsverkehr sich bewegt, eine passende Festsstellung nicht leicht zu finden ist.

„Der Umfang der Vollmacht" — so heisst es in den Motiven Bd. I 230 — „bestimmt sich nach dem „ihr von dem Vollmachtgeber gegebenen Inhalte."

Es muss also der Willensauslegung im einzelnen Falle überlassen bleiben, den Umfang der Legitimation des Bevollmächtigten klarzulegen, wobei zumal der Zweck der Vollmacht und das zu Grunde liegende

Rechtsverhältnis zur Interpretation dienlich sein können.

Es fragt sich nun, wie die Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht nach dem BGB. sich gestaltet hat — vgl. wegen der Kontroversen auch die Ausführungen S. 24—38.

Eine Haftung des Vertreters kann nur dann eintreten, wenn er die Behauptung aufgestellt hat, er sei zur Vornahme des Rechtsgeschäfts ermächtigt. Anderenfalls ist, wie bereits angegeben, das Rechtsgeschäft unzulässig und die Haftung somit ausgeschlossen, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Die Erklärung des Vertreters, er sei zur Vornahme des Rechtsgeschäfts ermächtigt, braucht keine ausdrückliche zu sein, es genügt vielmehr die stillschweigende Betätigung, cfr. Hupka l. c. S. 179 ff. Hatte er den Mangel der Vollmacht aber gekannt, so fehlt es an einer Voraussetzung, von welcher § 179 BGB. die Haftung abhängig macht.

Bei der Beratung der Frage bezüglich der Haftung hat man lange Zeit geschwankt, ob der ohne Vertretungsmacht handelnde Vertreter im Falle der Nichtgenehmigung des abgeschlossenen Vertrages durch den Vertretenen dem Dritten auf Erfüllung bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder nur auf Ersatz des negativen Interesses haften solle. Während § 179 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 BGB. mit dem bisherigen Recht im Wesentlichen übereinstimmen, hat Abs. 2 in der früher bestrittenen Frage, ob der Vertreter sich durch Geltendmachung von

Exkulpationsgründen von der Haftung befreien könne, insofern eine vermittelnde Stellung angenommen, als der Vertreter zwar auch bei schuldloser Nichtkenntnis des Vollmachtsmangels dem Dritten haftbar wird, aber der Umfang seiner Haftung anders als im Abs. 1 bestimmt wird. Die Haftung des Vertreters auch bei irrtümlicher Annahme seiner Vollmacht dem Dritten gegenüber beruht auf dem deutschrechtlichen Verursachungsprinzip nach der herrschenden Meinung. Ist der Vertreter in irrtümlicher Annahme der Vollmacht tätig gewesen, oder ist er arglistig getäuscht oder widerrechtlich durch Drohung zur Vollmachtsbehauptung bezw. Verschweigung des Vollmachtsmangels bestimmt worden, so ist er berechtigt, die Vollmachtsbehauptung gemäss §§ 119—124 BGB. anzufechten, cfr. Hupka l. c. S. 204 ff.

Nicht richtig ist meines Erachtens die Ansicht von Isay — Geschäftsführung nach BGB S. 254 ff. — wonach die Haftung des Gestors lediglich auf seiner eigenen Erklärung und zwar auf der Willenserklärung als solcher beruht Dem deutschen Rechte ist kein Satz bekannt, wonach derjenige, der ein Versprechen abgegeben hat, aus demselben auch dann haftet, wenn er es im Namen eines anderen abgegeben, also deutlich erklärt hat, dass er mit der aus diesem Versprechen entspringenden obligatio schlechterdings nichts zu tun haben wolle.

Durch die Erklärung, Vollmacht zu haben, hat eben der Vertreter den dritten Kontrahenten zur Abschliessung des Vertrages bewogen und haftet,

wenn die Vollmacht als nicht wirklich sich herausstellt, in gleicher Weise, wie der Vertreter bei Vorhandensein derselben gehaftet haben würde. Der Rechtsgrund der Haftung ist zurückzuführen auf die mit dem stellvertretenden Handeln verbundene Behauptung des Vertreters, Vertretungsmacht zu besitzen, und die vom Gesetze anerkannte Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit dieser Behauptung zu schützen, cfr. S. 93 Hupka l. c. Für die Richtigkeit seiner Erklärung hat der Vertreter einzustehen — ein Mann, ein Wort — cfr. Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das Deutsche Reich, Bd. I, Jena 1900.

Auf dem Standpunkte einer stillschweigenden cautio de rato steht nach dem Teilentwurf § 122 Mot. I S. 243—244. Konsequent lässt der Entwurf I § 125 Abs. 2 die Befreiung des Gestors von der Haftung nur dann eintreten, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, nicht auch, wenn er ihn hätte kennen müssen. Denn unter der Voraussetzung eines stillschweigenden Garantieversprechens „kann dem Dritten eine be„sondere Verpflichtung, über das Vorhandensein der „Vertretungsmacht Erkundigungen einzuziehen, nicht „angesonnen werden." Motive I S. 244. Hiernach war, wie Zitelmann II S. 117 richtig bemerkt, die Möglichkeit gegeben, dass der ohne Verschulden in Unkenntnis über den Mangel der Vollmacht sich befindende Gestor dem Dritten, der bei sorgfältiger Prüfung den Vollmachtsmangel hätte kennen müssen,

der schuldlose Vertreter dem schuldhaften dritten Kontrahenten haftbar wurde. cfr. Hupka l. c. S. 180 ff.

Diesem unbilligen Resultate haben die späteren Entwürfe und § 179 BGB. vorgebeugt, indem sie die Haftung des Gestors auch bei schuldhaftem Nichtkennen des Vollmachtsmangels seitens des Dritten ausgeschlossen, andererseits eine Abstufung des Umfanges der Verantwortlichkeit des Gestors auf Erfüllung oder Schadensersatz bezw. auf das negative Vertragsinteresse einführten, je nachdem der Gestor den Vollmachtsmangel kannte oder nicht kannte.

Massgebend für diese Regelung war auch, nachdem man in der zweiten Kommission — Prot. II, Bd I S. 158, 159 — lange über das massgebende Prinzip gestritten hatte, die Erwägung, mit dem Handelsgesetzbuch insoweit in Übereinstimmung zu bleiben, als der Inhalt seiner Vorschriften ein zweifelloser sei, soweit jedoch die Bedeutung und die Tragweite der handelsrechtlichen Vorschriften zweifelhaft erscheinen, dürfe man sich von einer besonderen Regelung nicht abhalten lassen, zumal eine solche den Vorteil böte, dass sie gewissermassen als Erläuterung der handelsrechtlichen Normen dienen und somit zur Beseitigung der bestehenden Streitfrage beitragen könne. Die Haftung des Gestors auf das negative Vertragsinteresse wurde analog der Haftung des wegen Irrtums seine Erklärung Anfechtenden — § 122 BGB. nicht über das positive Vertragsinteresse hinaus — gestaltet. cfr. Hupka l. c. S. 185 ff.

Dass der Gestor der Wohltat, nur auf das

negative Interesse zu haften, erst dann verlustig geht, wenn er den Mangel der Vollmacht tätsächlich erkannt hat, nicht auch, wenn er ihn hätte kennen müssen, während der Dritte schon in letzterem Falle seinen Anspruch verliert, ist aber auch keine Ungerechtigkeit, wenn man erwägt, dass bei schuldhaftem Nichtkennen des Vollmachtsmangels seitens des Gestors seine Haftung nicht in Fortfall kommt, sondern sich nur auf das negative Vertragsinteresse ermässigt, dass ferner der Dritte an Vorhandensein und Gültigkeit der Vollmacht ein stärkeres Interesse haben muss, als der Gestor; die von ihm geforderten Pflichten bezüglich Prüfung der Vollmacht daher strenger sein können.

Der Anspruch des Dritten geht in der Regel auf Erfüllung oder Schadensersatz. Letzterer dürfte dann von ihm vorzuziehen sein, wenn eine Individualleistung Gegenstand des Vertrages bildete. Auch die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, dass der Dritte neben Erfüllung noch Schadensersatz liquidiert, dann nämlich, wenn der Gestor ihm einen dolosen oder kulposen Schaden zugefügt hat. cfr. Hupka l. c. S. 240. Der Anspruch auf Schadensersatz folgt dann aus besonderem Rechtsgrunde; es wäre ungerecht, dem Dritten das Recht auf Erfüllung hier abzusprechen und ihm auf die Schadensersatzklage des § 179 BGB. zu verweisen. — cfr. Staub § 7 zum Art. 55. — Durch eine etwaige Erfüllung seitens des Vertreters wird letzterer keineswegs Geschäftspartei, das Geschäft ist und bleibt vielmehr, wie es in fremdem Namen geschlossen und nicht

genehmigt ist, unwirksam. Die Erfüllungspflicht hat, wie bereits S. 54 f. ausgeführt, ihren Grund lediglich in der Vollmachtsbehauptung und in der vom Gesetze anerkannten Notwendigkeit, den guten Glauben des Dritten an die Wahrheit des Wortes des Vertreters zu schützen. cfr. Hupka l. c. S. 223.

Die Verpflichtung des vollmachtlosen Vertreters ist eine selbständige, von der vorherigen Inanspruchnahme des „dominus" unabhängige; der Gestor bleibt dem Dritten verhaftet, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist. Damit wird die Behauptung des Gestor, er habe Vertretungsmacht gehabt, als Einwand, nicht als Bestreiten des Klagegrundes hingestellt.

Nach dem bisherigen Recht war, namentlich bezüglich der Art. 55 und 298 Abs. 2 HGB., diese Frage streitig. Die Mehrzahl der Schriftsteller — Mitteis S. 175 No. 3, Staub § 2 zu Art. 55 HGB. — Ebenso die Praxis des Reichsgerichts Bd. 18 S. 32 verlangte zur genügenden Substantiierung der Klage des Dritten gegen den Vertreter die Behauptung, dass der Gestor in fremdem Namen kontrahiert und eine Vollmacht nicht gehabt hat. Nachdem Bähr — kritische Vierteljahrsschrift 30 S. 340 — richtig auch schon das Reichs-Ober-Handelsgericht, Bd. 22 S. 33 auf die aus dieser Annahme sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten aufmerksam gemacht hatte, hat die zweite Kommission Prot. II S. 161—162 sich für die gegenwärtige Fassung entschieden. Sie ging mit Recht davon aus, dass der Gestor, welchem die erforder-

lichen Beweismittel zu Gebote stehen, weit eher zu dem Nachweise, dass er Vertretungsmacht gehabt, im stande sei, als zu der Negative der Dritte. cfr. Hupka l. c. S. 211 ff. Auch der Hinweis, dass der Dritte in dem Prozesse gegen den dominus, wenn er den Nachweis der Vollmacht nicht erbringen könne, dem Gestor den Streit verkünden und diesem gegenüber das Fehlen der Vollmacht zur rechtskräftigen Feststellung bringen könne, befriedigt nicht; denn der Dritte kann nicht gezwungen werden, zuerst gegen den dominus klagbar zu werden und infolgedessen zwei Prozesse zu führen. Es könnte nun den Anschein erwecken, als ob die materielle Grundlage der Haftung die Unerweisbarkeit der Vertretungsmacht sei. Das ist jedoch nicht der Fall. Es handelt sich bezüglich der Bestimmung der Beweislast lediglich um eine prozessuale Vorschrift, durch welche die materielle Grundlage der Haftung keineswegs geändert wird. „Materielle Grundlage der Haftung" — so sagt Hupka l. c. S. 139 mit Recht, — ist nach wie vor der Mangel der Vertretungsmacht, nicht ihre faktische Unerweisbarkeit".

Dass in der Behauptung des Gestor, der Dritte habe den Mangel der Vertretungsmacht gekannt oder kennen müssen, eine Einrede liegt, war auch nach dem bisherigen Rechte nicht zweifelhaft. — ROHG. Bd. 17 S. 116. — Der Vertreter kann jene Haftung dem Dritten gegenüber auch durch den Nachweis, dass er zur Zeit des Abschlusses in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, ablehnen. Nachdem durch § 165 BGB. die Möglichkeit des

Kontrahierens in fremdem Namen auch für beschränkte Geschäftsfähige gegeben war, verstand sich eine Bestimmung im Sinne des § 179 Abs. 3 Satz 2 von selbst, um die zum Schutze des Minderjährigen gesetzlich gegebenen Kautelen nicht illusorisch zu machen. Der Vertreter kann sich von seiner Haftungspflicht auch dadurch befreien, dass er überhaupt eine Vertretungsmacht nachweist, es ist nicht erforderlich, dass er das Vorhandensein gerade jener Art von Vertretungsmacht nachweist, die er seinerzeit behauptet hat. — Hupka l. c. S. 145.

Bezüglich der Haftung auf das negative Interesse wurde folgendes geltend gemacht; — Mugdan, Materialien S. 750. — „Bisher habe die Frage eine „verschiedene Lösung gefunden, zum Teil aber sei „das bestehende Recht zweifelhaft. Im Gebiete des „gemeinen Rechts seien in Praxis und Theorie beide „Ansichten — Haftung auf Erfüllung beziehungsweise „Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf „Ersatz des negativen Interesses — gleichmässig „vertreten. Eine Entscheidung des Reichsgerichts „habe sich der strengen Auffassung angeschlossen, „allerdings in einem Falle, in welchem eine Vollmacht „überhaupt nicht erteilt sei. Das Gebiet des ALR. „scheine dagegen die neuere Doktrin und auch das „Reichsgericht die Haftung für negatives Interesse „anzunehmen. Auf dem Standpunkte des Entwurfs „stehe das sächsische BGB. § 789; das auch der in „den Art. 55, 298 HGB. angenommene Standpunkt „mit dem § 125 des Entwurfs völlig übereinstimme,

„wie die Motive erwähnen, sei nicht ohne weiteres „anzuerkennen. Nach dem Wortlaut bezögen sich „die Bestimmungen des HGB. nur auf die Fälle, in „welchen eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt oder „die erteilte Vollmacht überschritten sei, nicht „dagegen auf die Fälle, in denen die erteilte Voll-„macht ungültig sei".

Die Frage bezüglich der teilweisen Wirksamkeit der Vertretung und dementsprechend eines teilweisen Ausschlusses der Haftung im Falle der Vollmachtsüberschreitung ist von den Verfassern des BGB. nicht erörtert worden; sie ist daher auch für das neue Recht nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. cfr. neuere Ausführung S. 70. Es kommt also auch hier darauf an, ob wirklich nur ein Geschäft vorliegt oder ob in dem Geschäfte eigentlich mehrere Geschäfte enthalten sind, die nur äusserlich in einem Akte vereinigt wurden. Im ersteren Falle ist eine Teilung unzulässig, im zweiten Falle zulässig. cfr. Hupka l. c. S. 154 ff.

Bei der Frage bezüglich der Haftung ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Geschäftsführer einerseits und zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn andererseits zu erörtern. Für die Zuständigkeit der Haftung macht es keinen Unterschied, ob jemand als gewillkürter oder als gesetzlicher Vertreter tätig ist. Die Haftung ergreift also nicht nur den falschen Bevollmächtigten, sondern auch den falschen Vormund oder Pfleger, den falschen Konkursverwalter, Sequester, Testaments-

vollstrecker und dgl. und sie reagiert nicht blos gegen die Überschreitung einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht, sondern auch gegen die Machtüberschreitungen der gesetzlichen Vertreter aller Art Die Haftung des Vertreters kann regelmässig durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Dritten ausgeschlossen oder beschränkt werden. Eine einseitige Ablehnung der Haftung durch den Vertreter hat jedoch diese Wirkung nicht. Auch ist eine Vereinbarung erwähnter Art nichtig, wenn der Vertreter einen Mangel arglistig verschweigt. cfr. §§ 443, 476, 540 BGB. — Hupka l. c. S. 205 ff.

I. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Geschäftsführer bezüglich der Haftung.

Nach § 179 l. c. ist derjenige, welcher als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem andern Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Es bezieht sich also dieser Paragraph nur auf Verträge. Der Dritte hat, um den Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz zu begründen, darzutun, dass der Vertreter den Vertrag im Namen des Vertretenen abgeschlossen und dass der Vertretene die Genehmigung verweigert hat. Genehmigt der Geschäftsherr, so hat letzterer die Ansprüche zu befriedigen, welche dem Dritten vertragsgemäss zustehen. Die Genehmigung ist regelmässig nur dann wirksam, wenn sie sich auf den ganzen Inhalt des vollmacht-

losen Geschäftes bezieht. Eine teilweise Genehmigung ist dann von rechtlicher Bedeutung, wenn der Vertretungsakt mehrere, innerlich nicht mit einander zusammenhängende Rechtsgeschäfte in sich birgt und die Genehmigung nur eines dieser Geschäfte betrifft. Alsdann wird also durch die teilweise Genehmigung die Haftung des Vertreters bezüglich des genehmigten Teiles ausgeschlossen. cfr. H u p k a l. c. Für eine Haftung des Vertreters bleibt alsdann daher kein Raum. Diese tritt jedoch ein, wenn die Genehmigung nicht erteilt wird, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Andernfalls bedurfte das Rechtsgeschäft keiner Genehmigung.

Die zweite Voraussetzung für die Haftung des Vertreters bildet, dass der Dritte sich in gutem Glauben befand. Kannte er den Mangel der Vertretungsmacht, oder musste er den Mangel kennen, so musste er mit der Möglichkeit rechnen, dass der Vertretene dem Vertrage die Genehmigung versagen werde. Er kann deshalb den Vertreter nicht verantwortlich machen, wenn die von ihm selbst vorauszusehende Möglichkeit eintritt. Wer sich mit einem Vertreter einlässt, obwohl er weiss, dass derselbe keine Vertretungsmacht hat, begibt sich freiwillig in die Gefahr eines unwirksamen Geschäftsabschlusses und hat daher diese Gefahr selbst zu tragen. scienti non fit iniuria cfr. H u p k a l. c.

Der Umfang der Verpflichtungen des Vertreters hängt davon ab, ob er den Mangel seiner Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht. Hat er den Mangel

nicht gekannt, dann haftet er auf das negative Interesse. — § 179 Abs. 2 BGB. Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht gekannt, und mithin dolos oder auf eigene Gefahr gehandelt, so tritt eine schwerere Haftung ein, nämlich nach Wahl des Gegenkontrahenten entweder auf vollen Schadensersatz oder sogar auf Erfüllung — § 179 Abs. 1 BGB. — vorausgesetzt, dass der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. In diesem Falle handelt er entweder mit dem Bewusstsein, dass die Genehmigung nicht erfolgen werde, also arglistig oder in der Annahme, der Genehmigung sicher zu sein, also auf seine Gefahr. Er kann sich daher nicht beklagen, wenn er nach Wahl des anderen Teils zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet wird. Es liegt dann eine alternative Obligation nach § 262 BGB. vor. Die §§ 262 ff. BGB kommen dann entsprechend zur Anwendung. cfr. Hupka l. c. S. 240 ff. Unter der Erfüllung ist nicht die Genehmigung des Vertrages durch den Vertretenen zu verstehen, sondern die Gewährung der Leistung, welche den Inhalt des Vertrages bildet. Der Erfüllungsanspruch ist von dem Schadensmomente unabhängig, daher geht der Erfüllungsanspruch niemals auf mehr, als auf die Leistung desjenigen, was der Vertretene im Falle der Wirksamkeit des Geschäfts zu leisten gehabt hätte, auch wenn der materielle Wert dieser Leistung zurückbleibt hinter dem Schaden, den der Dritte durch die Unwirksamkeit des Geschäftes erlitten hat. cfr. Hupka l. c. S. 238 ff. Durch den Anspruch auf Schadensersatz

will das Gesetz dem Dritten die Befriedigung seines positiven Interesses an der Wahrheit der Vollmachts. behauptung gewährleisten. -- cfr. Hupka l. c. S. 229 ff. Wählt der Berechtigte statt der Erfüllung Schadensersatz, so bemisst sich der Umfang der Haftung nach den §§ 249 ff. BGB. Der angebliche Vertreter hat hiernach den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Vertreter den Gläubiger in Geld zu entschädigen. — § 251 BGB.

Nicht richtig ist meines Erachtens die Ansicht von Hupka — l. c. S. 231 — der bei dem Schadensersatze nach § 179 BGB. eine Herstellung des Zustandes ausschliesst und nur Geldersatz anerkennt. Unter dem Zustande, welche gemäss § 249 BGB. herzustellen ist, ist der rechtliche Enderfolg des wirksamen Geschäftsverhältnisses zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zu verstehen. Der Dritte kann daher in erster Linie nur die Herstellung jenes rechtlichen Enderfolgs verlangen, cfr. Planck l. c. Bd. 1 Anm. 2 zu § 179.

Auch umfasst der zu ersetzende Schaden den entgangenen Gewinn; als entgangen gilt nach § 252 BGB. der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Hat der als Vertreter Handelnde den Mangel seiner Vertretungsmacht nicht gekannt,

hat er sich insbesondere über die Gültigkeit einer ihm erteilten Vollmacht im Irrtum befunden, so wäre eine derartige Haftung unbillig. Ihn von jeder Haftung zu befreien, lässt die Rücksicht auf den andern Teil nicht zu, und so erscheint es als angemessene Ausgleichung der beiderseitigen Interessen, die Haftung in diesem Falle auf den Ersatz des bereits besprochenen negativen Interesses zu beschränken, cfr. Hupka l. c. S. 250 ff.

In Betreff der einseitigen Rechtsgeschäfte geht das BGB. von der Regel aus, dass sie weder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht, noch gegenüber einem solchen wirksam vorgenommen werden können. Als Grund für die Unzulässigkeit streng einseitiger Rechtsgeschäfte — Auslobung — geben die Motive I S. 245 das mangelnde Bedürfnis an. Was aber die einseitigen einem Dritten gegenüber vorzunehmenden Rechtsgeschäfte angeht — Mahnung, Kündigung — so steht ihrer Zulassung das Interesse des Dritten entgegen, welcher der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes sich nicht entziehen kann, und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein würde, welche die bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewissheit notwendig mit sich bringt. Die Billigkeit fordert daher hier eine Willenserklärung des Dritten, durch welche er den nachteiligen Folgen derselben sich unterwirft. Demgemäss bestimmte der Entwurf I § 126 Satz 2: „Ist „jedoch die Wirksamkeit des einseitigen Rechts„geschäftes davon abhängig, dass dasselbe gegenüber

„einem Beteiligten vorgenommen wird, so finden, „wenn der Beteiligte mit der Vornahme sich ein- „verstanden erklärt, die für Verträge geltenden Vor- „schriften entsprechende Anwendung."

In der 2. Kommission herrschten über die Zulässigkeit einer Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften verschiedene Ansichten; es machten sich Anschauungen in der Richtung unbedingter Ausschliessung geltend und solche in der Richtung unbedingter Zulassung. Nur darüber herrschte Einverständnis, dass eine vollmachtlose Stellvertretung bei Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft unzulässig sei. — Prot. II Bd. I S. 167—171.

Für die Fassung des § 148 des zweiten Entwurfes, welcher dem § 180 BGB. entspricht, war hinsichtlich der Unzulässigkeit stellvertretenden Handelns bei rein einseitigen Rechtsgeschäften die Erwägung massgebend, dass das Prinzip unstreitig sei für Antretung und Ausschlagung der Erbschaft, „es unterliegen aber auch in der Ausdehnung auf „andere einseitige nicht empfangsbedürftige Rechts- „geschäfte keinem Bedenken, zumal der Entwurf die „Frage, welche Rechtshandlungen unter diesen Be- „griff fallen, nirgends in einer die Wissenschaft befriedigenden Weise entscheidet." — Prot. II Bd. I S. 170.

Hupka l. c. S. 122 hält die Anwendung des § 180 Satz 2 BGB. auch bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften für zulässig, indem er ausführt, die Vorschrift des § 180 Satz 2 beruhe nicht sowohl

auf der formellen Empfängereigenschaft des Dritten, als vielmehr auf seiner materiellen Parteiqualität, das Gesetz wolle alle jene einseitigen Geschäfte treffen, die eine direkte Einwirkung auf das Vermögen eines andern bezwecken, insoweit ergreife der § 180 S. 2 auch die nichtempfangsbedürftigen Geschäfte.

Diese Ansicht ist meines Erachtens verfehlt. Zu einer derartig weitgehenden Auslegung bietet der Wortlaut des § 180 BGB. absolut keine Veranlassung. Im Gegenteil widerspricht der Wortlaut des § 180 BGB. der Anwendung seiner Bestimmungen auf irgendwelche einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte. — cfr. auch Planck l. c. Anm. 1 zu § 180.

Es wurde ferner das Nichtbeanstanden der behaupteten Vertretungsmacht dem Einverständnis des Dritten, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, gleichgesetzt, und der letzte Satz bezüglich der dem Vertreter gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte hinzugefügt.

Bezüglich der Ausnahmefälle des § 180 S. 2 u. 3 BGB. ist zu unterscheiden:

a) Der Geschäftsführer behauptet, er sei zur Vornahme des Geschäftes ermächtigt. In diesem Falle darf sich der Dritte nicht schweigend verhalten. Er muss die behauptete Vertretungsmacht beanstanden. Eine Beanstandung der behaupteten Vertretungsmacht wird regelmässig in dem Verlangen nach Vorlegung der Vollmachtsurkunde und demnächstiger Zurückweisung des Vertreters liegen — Fischer

und Henle § 180 Anm. 2 —. Unterlässt er jeden Widerspruch, so setzt das Gesetz voraus, dass er gegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes nichts zu erinnern hat, einen Gegenbeweis lässt das Gesetz nicht zu. Wenn der Vertreter nicht mit Vertretungsmacht versehen war, so kann das Rechtsgeschäft nicht wie im Falle des § 174 a. a. O. unbedingte Wirksamkeit erlangen, wohl aber tritt die bedingte Wirksamkeit der §§ 177 und 178 a. a. O. ein.

b) Anders verhält es sich, wenn der Geschäftsführer garnicht behauptet, Vertretungsmacht zu besitzen. In dem Schweigen des dritten Kontrahenten zu der Kündigung, Mahnung etc. des Gestors dürfte dann regelmässig ein Einverständnis nicht gesehen werden. Ob in Verbindung mit anderen Umständen aus dem Stillschweigen das Einverständnis gefolgert werden kann, lässt sich nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden — Planck zu § 180 BGB. —. Es bleibt also bei der Unwirksamkeit, wenn der Dritte sich völlig neutral verhält. Die beschränkte Wirksamkeit des § 177 a. a O. tritt nur ein, wenn der Dritte damit einverstanden war, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle. Die Unwirksamkeit tritt auch dann ein, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gegenüber erfolgt. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn der Vertreter mit der Vornahme einverstanden war. — § 180 BGB. — Ob der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht, ist hier gleichgültig; beide Fälle werden gleichgestellt.

Wenn genannte Voraussetzungen erfüllt sind, so werden die einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte genehmigungsfähig und es finden nach Eintritt der Genehmigung die Vorschriften über Verträge § 177, vor Eintritt derselben bezüglich des Rücktritts des Dritten § 178, bei Ausbleiben derselben bezüglich der Haftung des vollmachtlosen Vertreters § 179 BGB. entsprechende Anwendung.

II. Es ist nun noch das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn bezüglich der Haftung ins Auge zu fassen Hier liegt Geschäftsführung ohne Auftrag — negotiorum gestio — vor, der Geschäftsführer besorgt eben ein Geschäft für einen Andern, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.

Über die Entwickelung des neg. gestio sei folgendes bemerkt:

Es lässt sich nicht verkennen, dass die Behandlung der Frage über den Begriff der neg. gestio sowohl im gemeinen Recht als auch über das gemeine Recht hinaus rückwärts in den Hintergrund gerückt war. Wohl hatte man sich mit der Frage beschäftigt — W ä c h t e r, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 20 S. 337 — in welchen Fällen eine gültige und für den Geschäftsherrn verbindliche neg. gestio vorhanden sei, jedoch die geschichtliche Entwickelung der neg. gestio klar zu legen, haben nur sehr wenige versucht. Erst in neuerer Zeit ist es W l a s s a k gelungen, in seinem Werk — zur Geschichte der neg. gestio — einige Lichtstrahlen

in das über dem Problem lagernde Dunkel hineinzutragen. Seine Ansicht über den Ursprung der neg. gestio ist die vorherrschende geworden. — cfr. Brückmann, die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag S. 3 ff.; Kritz, Pandektenrecht I Bd. I S. 358; Dernburg, Pandekten II S. 327; Schultz, die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn; Isay l. c. — Wlassak fasst seine Ansicht dahin zusammen: „Die neg. gestio ist „rein pratorischen Ursprungs, im Laufe der Zeit „jedoch ein Bestandteil des Civilrechts geworden, „so dass an die Stelle des anfänglich in factum in „einer späteren Periode in ius concipierten, mit dem „Beisatze ex fide bona versehenen Klagen getreten sind."

Die praktische Grundlage, das Fundament der neg. gestio ist in dem prätorischen Edikt zu sehen, welches Ulpian mit den Worten überliefert: „si quis „negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, cum „is moritur, fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo".

Der Grund dafür, dass dieser klare und einfache Gedanke in der Litteratur fast durchweg verkannt wurde, ist meines Erachtens in den zu allgemein lautenden Worten des prätorischen Edikts zu finden. Wlassak sagt in dieser Beziehung mit Recht:

„Die befremdend allgemeine Fassung des Edikts „ist schon hie und da in der Litteratur bemerkt „worden. Genauer gewürdigt und gerade ihrer „auffallenden Unbestimmtheit und Allgemeinheit wegen „eingehend untersucht hat die Ediktsworte überhaupt „noch niemand, obwohl sie meines Erachtens geradezu „den Schlüssel zum Verständnis der actio directa

„und den allerwichtigsten Anhaltspunkt zur Fest-
„stellung des historischen Entwickelungsganges der
„neg. gestio enthalten."

Der Prätor hat in erster Linie durchaus nicht für die auftraglose Geschäftsführung, sondern für jede Art von Geschäftsführung ein Indicium gewähren wollen. Das prätorische Edikt hat nicht von der Geschäftsführung ohne Auftrag speziell, sondern von der Geschäftsführung ganz allgemein gesprochen und auf Grund des realen Vorganges der Geschäftsführung die Rechtsverhältnisse zwischen dominus und gestor zu ordnen gesucht.

Was nun die Bedeutung der einzelnen Worte des Edikts angeht, so dürfte meines Erachtens das „negotia gerere" mit „Geschäftsführung" wiederzugeben sein — cfr. Brückmann l. c. S. 7.

Mit der Bedeutung des Ausdruckes „Geschäft" haben sich Ruhstrat — Archiv für zivilistische Praxis Bd. 32 S. 184, 185 — und Isay — l. c S. 43—48 — beschäftigt. Ruhstrat versteht unter „Geschäft" das Streben der Person nach der Verwirklichung ihres Willens; „denn „Geschäft" „nennt man dasjenige, was man zu schaffen, zu tun „hat, sei der Antrieb zum Handeln ein äusserer „oder innerer". Hinsichtlich der Bedeutung des Ausducks „negotia" insbesondere sagt Ulpian „negotia sic accipe; sive unum, sive plura" und erklärt ihn uns nur nach einer Richtung.

Aarons „Beiträge zur Lehre von der neg. ges. S. 2 ff." begründet seine Übersetzung des negotium mit „juristischer Handlung" damit, dass er „alle

natürlichen Tatsachen" sowie die „einfachen Handlungen ohne rechtlichen Charakter" ausgeschlossen sehen will. Aber da er auch diese sofort zu „juristischen" werden lässt, sobald durch sie die Konservierung oder Modifizierung eines Rechtsverhältnisses bewirkt wird, so bedeutet sein Ausdruck nicht viel mehr wie ein Wort, da uns selbstverständlich rechtlich ein Vorgang als Handlung erst dann imponiert, wenn er erhaltend, verändernd, gestaltend in der Aussenwelt in die Erscheinung tritt. Unter „Geschäft" ist nicht nur ein Rechtsgeschäft, sondern auch eine tatsächliche Verrichtung wie beim Auftrag zu verstehen. Wie der Pratör mit „si quis" edizierte, so heisst es im BGB. § 677: „wer ein Geschäft — für einen Andern — besorgt."

Das BGB giebt uns keine nähere Auskunft über den Begriff „Geschäftsbesorgung". Es bleibt nur übrig, ihn aus dem Zwecke des ganzen Instituts heraus zu entwickeln. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist zu einem Rechtsinstitut geworden, damit die auftraglose Wahrnehmung fremder schutzloser Interessen erleichtert oder ermöglicht werde. Selbstverständlich ist eine rechtlich relevante Geschäftsführung ausgeschlossen, wo es sich um Besorgung unsittlicher Geschäfte handelt, oder wo es sich um Handlungen handelt, die aus physischen oder juristischen Gründen nicht für einen Andern vorgenommen werden können. Das Gesetz benutzt den Ausdruck „Geschäftsbesorgung" in dem § 662, der die Pflichten des Beauftragten regelt, wie in dem § 675, der gewisse Normen des Auftrags Anwendung

finden lässt, auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. In der Beurteilung des § 675 weichen die Ansichten beträchtlich von einander ab. Planck l. c. meint zu § 675, „dass es sich bei der Geschäftsbesorgung in der Regel um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln wird, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen ist und dass die Frage, wieweit der Anwendungskreis des § 675 zu ziehen ist, nicht so grosse praktische Bedeutung habe, weil eine Anwendung auf Fälle, für die sie nicht passen, kaum zu befürchten sei".

Das wäre aber doch erst zu beweisen. Denn gerade darauf kommt es an: Was ergiebt sich bei einer Geschäftsbesorgung aus der Natur des Verhältnisses? Was ist also die Natur einer Geschäftsbesorgung? Die Antwort auf diese Vorfrage bleibt Planck schuldig.

Mit Planck ist Riezler — der Werkvertrag S. 76 ff. — einer Ansicht. Eine andere Gruppe von Schriftstellern fasst den Begriff weiter. — Heinsheimer sagt in seinem „Deutsches BGB." S. 221, 222: „Unter Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 ist nicht blos der Abschluss von Rechtsgeschäften zu verstehen, vielmehr ist als solche jede Dienstleistung anzusehen, die das Vermögen und nicht blos die Person des Dienstempfängers berührt". Cosack — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I — und Isay l. c. S. 43 nennen nicht jede Tätigkeit für einen andern „Geschäftsführung" sondern ebenfalls nur

eine solche, die das Vermögen des dominus rechtlich berührt. Sie schliessen daher die Dienste des Arztes als nicht geschäftlich aus, so dass also der Arzt, der sich freiwillig um einen bewusstlosen Kranken auf der Strasse längere Zeit bemüht, keinerlei Ansprüche gegen denselben erlangt.

Dieser Gruppe von Schriftstellern ist das Moment eigentümlich, dass sie durch die Unterscheidung des § 675 veranlasst werden, den Begriff der „Geschäfte" zu zerspalten, je nachdem diese den Inhalt eines Besorgungsvertrages oder eines Dienst- oder Werkvertrages bilden. Zu einer solchen Unterscheidung vermögen wir im Gesetz keinen Anhalt zu finden. Für die Auslegung des Geschäftsbegriffes kann es nur wesentlich sein, dass das BGB. ihn gleichmässig im Vertragsverhältnisse (§§ 662 und 675) und in der neg. gestio (§ 677) verwendet. Daraus ergibt sich eine möglichst weite, ausdehnende Interpretation; an dem Wort „Geschäft" kann nichts liegen; was zum Inhalt von Verträgen gemacht werden kann, kann auch Bestand einer neg. gest. bilden; der Ausdruck „Geschäft" bezeichnet nur die Zugehörigkeit bestimmter Angelegenheiten zu der Interessensphäre eines Menschen, des Geschäftsherrn.

Sehr richtig sagt meines Erachtens Hellwig — Verträge auf Leistung an Dritte, S. 517: „Die „Feststellung des vom BGB. §§ 672, 675 verwendeten „Begriffs der Geschäftsbesorgung kann nur gelingen, „wenn man unter der Besorgung eines Geschäftes „die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer „bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit be-

„stimmter Angelegenheiten versteht, also die Tätig-„keit, welche auf die Herbeiführung eines bestimmten „Erfolges — rechtlicher oder tatsächlicher Art ge-„richtet". Entscheidend für den Begriff ist also hier die bestimmte Zielrichtung der Tätigkeit.

Dieser Auffassung haben sich Kipp S. 675, Jäger — Kommentar zur Konkursordnung Anm. 10 — und Lenel angeschlossen.

Die Geschäftsbesorgung im § 675 des BGB. ist kein anderer als im § 662 u. 677.

Was versteht man nun unter dem Ausdruck „für einen Anderen." Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts hat die Literatur zum grössten Teil in dem im Begriffe alterius steckenden subjektiven Elemente des animus aliena negotia gerendi kein Begriffsmerkmal der neg. gestio sondern eine Klagevoraussetzung der actio contraria erblickt. So Glück S. 345, Mühlenbruch Pandekten II § 431, Chambon, Puchta Pandekten 327, Arndts Lehrbuch der Pandekten, 12. Auflage S. 564, Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 6. Auflage

Der Grund liegt wohl darin, dass unzweifelhaft zu den Voraussetzungen der actio contraria der animus recipiendi seu obligandi gehört und dieser im Falle der Besorgung irrtümlich fremder Geschäfte als eigener nicht vorhanden ist und in dem Falle doloser eigennütziger Führung fremder Geschäfte als eigener, selbst wenn vorhanden, doch nicht vom Rechte beachtet werden darf und beachtet wird.

Im Gegensatz zu dieser Theorie betont Thibaut § 623, dass die Geschäfte absichtlich besorgt sei

müssen, und auch Keller — Pandekten § 318 betont dieses Moment, ebenso auch Seuffert — Ratihabition der Rechtsgeschäfte — wo es heisst: „Regelmässiges Erfordernis, um eine Tätigkeit als „eine Geschäftsführung erscheinen zu lassen, ist viel„mehr, dass der Handelnde die Absicht hat, nicht „für sich, sondern für einen andern tätig zu sein. „Diese Willensrichtung hat man nicht unrichtig als „den animus negotia aliena gerendi bezeichnet". Insbesondere ist es Zimmermann, der in überzeugender Weise seine These: „Jede neg. gestio „setzt voraus, dass der Gestor mit Wissen und „Willen in fremdem Interesse handelt, also den „Willen hat, sich dem andern zu verpflichten" nur aus solchen Quellenstellen beweist, in denen das objektive Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten „für nicht genügend erachtet wird, wenn nicht der animus negotia aliena gerendi sich dazu gesellt". Unter anderen führt er an l. 5 § 6 D. 3. 5: „— nam „et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, „quod mihi tecum erat commune, dicendum esse. „Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum „gestorum eum tibi teneri".

Es muss also der Beauftragte gewusst haben, dass das Geschäft dem Mandanten und dem Dritten gemeinsam angehört. In l. 20 C. fam. erc. 3,36 wird betont, dass gegen den Miterben, der die gemeinsame Sache im Hinblick auf die andern verkaufe, die act. al. neg. ger., dagegen, wenn er sie als eigene verkaufe, die hereditatis petitio begründet sei. „— — — nam si velut propria unus

distraxerit si pretium possideat, hereditas ab eo petenda est".

Wir können von einer herrschenden Ansicht sprechen, die folgendes zum Gegenstande hat: durch die Fassung der Voraussetzung „für einen Andern" nicht „eines Andern" lehnt das BGB. die schwierige Unterscheidung von objektiv fremden Geschäften, d. h. solchen, die an sich schon fremde Geschäfte sind (alterins re ipsa gestum negotium) und subjektiv fremden Geschäften d. h. solchen, deren Angehörigkeit zum Vermögen des Geschäftsherrn erst durch die Willensrichtung des Geschäftsführers dokumentiert wird, ab. — cfr. Motive II S. 855; Planck, Philler, Vorlesungen über das BGB. S. 161; Meisner, das BGB. II S. 275; Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Auflage S. 684. — Isay — l. c. S. 48 ff. — der die Frage bezüglich der subjektiv und objektiv fremden Geschäfte noch einmal erörtert hat, ist zu praktisch erheblichem Resultate kaum gelangt. Seiner Ansicht nach kann die Vermögensangehörigkeit einer Handlung nicht nach juristischen Kriterien bestimmt werden, vielmehr entscheidet hierüber das sie nach der Verkehrsauffassung beherrschende wirtschaftliche Interesse. Die Verkehrsauffassung überlässt die Bestimmung dieses herrschenden wirtschaftlichen Interesses zum Teil dem Willen des Gestors, — subjektiv fremdes Geschäft — teils bestimmt sie es selbst mit solcher Gewissheit, dass sie sich durch einen anders gearteten Willen des Geschäftsführers nicht irre machen lässt. Diese Anschauung des Verkehrs eignet sich

dann das Recht an und bezeichnet solche Handlungen als objektiv fremde Geschäfte.

Mit diesen Deduktionen ist wenig gewonnen. Der Richter hat nunmehr, wie vorher in jedem einzelnen Falle, an der Hand mehr oder minder zuverlässiger Anhaltspunkte zu entscheiden, ob die Verkehrsauffassung das herrschende Interesse zwingend bestimmt und das Recht dies anerkennt. Eine genaue Definition des objektiv fremden Geschäfts fehlt nach wie vor.

Zur Begründung der Geschäftsführungsklagen ist nach BGB. die Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts weder erforderlich noch genügend. Genügend und erforderlich ist vielmehr allein der auch dem gemeinen Rechte wohlbekannte animus negotia aliena gerendi d. h. die bewusste absichtliche Tätigkeit für einen andern.

Das BGB. hat die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag des gemeinen Rechts dadurch beseitigt, dass es bei ihrem Vorliegen die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung finden lässt. Es ergibt sich dies aus dem § 687 Abs. 1 und 2 BGB. Diese Fortentwickelung knüpft sich an den Begriff „für einen Andern“ an, der bei der Führung fremder Geschäfte in der Gestalt erscheint, dass der Führer nicht meinen darf, dass das Geschäft sein eigenes sei. Liegt dieses negative Moment vor, so ist Geschäftsführung ohne Auftrag vorhanden. Entfällt es jedoch, so ist Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorhanden; je nachdem sich der Handelnde in gutem, fahrlässigerweise in

gutem oder schlechtem Glauben befindet, beurteilen sich auch die in Frage kommenden, aus einer Geschäftsführung aber nicht entspringenden Ansprüche. Es ist erforderlich, dass der Geschäftsführer bei der Geschäftsbesorgung seinen Willen, im Interesse des Geschäftsherrn das Geschäft zu schliessen und für diesen zu handeln, nach aussen hin kundgegeben hat, sei es gegenüber dem Dritten, oder in anderer Art, in einer Weise, dass der ernste Wille, für den Geschäftsherrn zu handeln, sich zur Genüge offenbarte.

Bei der neg. gestio kommt es nicht darauf an, ob der Gestor den Dominus kannte, für welchen er tätig war, es kommt auch nicht darauf an, ob er einen andern dominus für den richtigen hielt. Es kommt der Irrtum nicht in Betracht, weil die neg. gestio eine Menschenhülfe, keine Menschenhülfe in tendenziöser Richtung auf die Person des dominus voraussetzt. Geschäftsbesorgung ist möglich für eine jede erst in der Bildung begriffene physische und juristische Person. Für das bisherige Recht sprachen dies die Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. Oktober 1886 — Juristische Wochenschrift für 1886 S. 421 — und Gruchot l. c. aus. Es ist dies auch für das BGB. anzunehmen, da die Vorschriften desselben der Zulässigkeit einer solchen Geschäftsführung nicht entgegenstehen und nicht ersichtlich ist, dass in dieser Beziehung eine Abweichung vom bisherigen Rechtszustande beabsichtigt worden ist. — Meisner l. c. S. 219. —

„Ein anderer“ im Sinne unseres Begriffes ist

also jeder, der, und jeder, soweit er von den Gesetzen beachtet wird.

Das BGB. erfordert für die Gültigkeit einer jeden neg. gestio bezüglich der Übernahme der Geschäftsführung, dass sie „dem Interesse und dem „wirklichen oder dem mutmasslichen Willen des „Geschäftsherrn" entspreche. Das BGB. kennt also ein „Interesse" und einen „Willen". Dieses Moment ist von einschneidender Bedeutung für die Beurteilung einer grossen Anzahl der gemeinrechtlichen Theorien, welche Interesse und Willen identifizieren. So Windscheid l. c. S. 859; Arndt l. c. § 289; Monroy l.c. S.26; Ogonowsky — die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Recht S. 17 ff. — Dernburg — Pandekten S 335 —.

Das BGB. identifiziert den Willen mit dem Interesse nicht, es stellt die beiden Begriffe zwar nicht einander gegenüber, wohl aber nebeneinander. Es ist also das Willensmoment aus dem Begriff des Interesses völlig auszuscheiden. Schollmeyer — Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 101 — meint allerdings, dass die Geschäftsführung nach dem Gesetze nur dann im Interesse des Geschäftsherrn liege, wenn der Geschäftsführer so handle, wie der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage vermutlich selbst gehandelt haben würde. Das Gesetz hat aber alle Momente irgend eines vermutlichen Willens aus dem Interessebegriff ausgesondert. So können wir den von Schollmeyer formulierten, mit den gemeinrechtlichen Theorien im wesentlichen übereinstimmenden Begriff nur als den

Interessebegriff im weiteren Sinne im Gegensatze zu dem technischen Interessebegriffe des Gesetzes bezeichnen. Was das BGB. unter „Interesse“ versteht, sagt es uns nicht. Es ist nur soviel sicher, dass nach objektiven Kriterien beurteilt werden muss, was dem Interesse d i e s e s Geschäftsherrn — nicht irgend eines — entspricht. Bei der Abmessung des Interesses des „Geschäftsherrn“ müssen wir den Willen ausscheiden und fragen: Was entspricht dem Interesse d i e s e s Mannes, wenn wir von dem, was er sich darunter vorstellt, absehen? Da die Übernahme des Geschäfts in e r s t e r Reihe dem Interesse des Geschäftsherrn objektiv entsprochen haben soll, so schlägt hier die Theorie von M ü h l e n b r u c h ein, nach der der Gestor den Vorteil beziehungsweise den Nutzen des Herrn gefördert haben muss, und die von G l ü c k — l. c. S. 351 — der verlangt, dass das Geschäft zum Vorteil des Prinzipals müsse besorgt sein, zum Nutzen des Prinzipals verrichtet worden sei. Aber all' diese Theorien sind für das BGB. nicht von unmittelbarer Bedeutung. Sie waren ihren Vertretern nur das Gerippe ihres Systems der gültigen neg. gestio. Für das BGB. ist bedinglich die Erkenntnis von Wichtigkeit, dass auch ihre Anforderungen bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt wurden. Ihr praktischer Wert besteht darin, dass sie es sind, die gerade die Fälle der objektiven Förderlichkeit aus den römischen Quellen am eingehendsten zusammenstellten und prüften. Für das Interesseerfordernis gilt der Satz: der Erfolg entscheidet. Gab es, wie bereits erwähnt, solche

Theorieen, die zwar den Begriff des „Interesses“ und den des „Willens“ erwähnen, aber nur, um sie zu identifizieren, so gibt es auch solche, die die Begriffe in irgend einer Weise nebeneinander stellen. Chambon l. c. meint, erst wenn der Wille nicht in Betracht komme, liege es dem Gestor ob, den materiellen Vorteil des Herrn im Auge zu haben, in letzter Linie käme ein notwendiges Geschäft in Betracht, dessen Vornahme stets in dem wahren Interesse des Herrn liege. Ebenso hebt auch Köllner — die Grundzüge der obligatio neg. gest. S. 82 — die Unterscheidung hervor, der den Begriff der utilitas in zwei alternativ nebeneinander gestellten Fällen als gegeben ansieht a) wenn er Geschäfte führt, die der Herr besorgt haben will, b) solche, welche den individuellen Verhältnissen und der Lage des Geschäftsherrn entsprechen und notwendig oder nützlich sind.

Während diese beiden Theorien mit der des BGB. nur den prinzipiellen Punkt der Trennung von Wille und Interesse gemeinschaftlich haben, kommen andere Ansichten in der Art der Verwendung der Erfordernisse dem BGB. näher. Dies können natürlich nur solche sein, die zugleich die prinzipielle Scheidung zwischen Übernahme und Ausführung machen, also die von Kohler in den Jahrbüchern für Dogmatik, wo es heisst: „Die „Utilität verlangt, dass das Geschäft . . . eine Hülfe„leistung für sein (des Dominus) Interesse enthält; „aber sie verlangt noch mehr . . . . denn die sub„jektiven Zwecke des Dominus sind es, welchen der

„Gestor sich unterordnen muss, denn seine Sache „ist es nicht, den Dominus zu bevormunden".

Der „wirkliche Wille" des BGB. erhebt sich rein und frei von allen äussern Momenten über objektiv und subjektiv Notwendiges oder Nützliches, Angemessenes oder Zweckdienliches. Die Fassung Köllners „wenn er Geschäfte führt, welche der Geschäftsherr haben will", entspricht der des BGB. wie auch richtig von Schollmeyer — S. 101 — für das BGB. ausgeführt wird, dass der Wille des Geschäftsherrn auch nicht gegen die Person des Geschäftsführers gerichtet sein darf. Denn der Begriff der Übernahme setzt notwendig ein handelndes Subjekt voraus, und je nachdem dieses beschaffen ist, charakterisiert sich die Übernahme einer Geschäftsbesorgung. Die Person des Übernehmers ist daher begrifflich untrennbar von dem Übernahmeakt, so dass der Wille des Geschäftsherrn nicht selbstständig auf der Handlung oder der Person, die sie vollzieht, ruhen kann.

Was versteht nun das Gesetz unter den „mutmasslichen Willen"? Arndt l. c. § 298 will, dass nach allen Umständen anzunehmen ist, der Herr würde, wenn er gekonnt hätte, solche Art der Stellvertretung gebilligt haben. Chambon sagt l. c. S. 71, der Wille sei in Betracht zu ziehen, insofern sich derselbe durch Worte oder Handlungen zu erkennen gegeben hat, falls es nicht gelingt, diesen zu erforschen, so müsse die Individualität, die Stellung und die übrigen Verhältnisse in Erwägung gezogen werden". Dernburg l. c. beschränkt sich darauf,

die Nützlichkeit einer unternommenen Geschäftsführung dann zu finden, sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und musste, dass sie der Geschäftsherr, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst vorgenommen hätte.

Gegenüber der Dernburg'schen Formulierung für das BGB. ist hervorzuheben, dass auch der Wille, der gemutmasst werden muss, mit Rücksicht auf die Übernahme der Geschäftsführung durch den Gestor zu berechnen ist.

Treffend heisst es bei Sturm — negotium S. 33: „Die necessitas ist nichts anders als die Macht, „welche die äusseren Umstände auf das Schluss„vermögen des Gestors ausüben, es ist eine Kraft, „die der Gesamtheit der äussern Umstände inne „wohnt.

Soweit der Wille äusserlich zu Tage tritt, ist er bei der Mutmassung in Rechnung zu ziehen, namentlich, soweit er schaffende oder erhaltende oder zerstörende Kraft bewies. Hiernach kommt meines Erachtens in erster Linie der erkennbare Wille, in zweiter Linie das objektive Interesse des Herrn in Betracht. Nur für diesen Fall — beim Fehlen erkennbarer, vom Willen abgestempelter Umstände — trifft zu, was Planck l. c. S. 425 ganz allgemein sagt:

„Im allgemeinen darf vermutet werden, dass „der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was unter „Würdigung aller Umstände als nützlich erscheinen „muss".

Dieses „Interpretieren“ aus dem Interesse versagt aber, wo ein äusserer erkennbarer Wille Beachtung heischt. Dem Geschäftsherrn erwächst erst ein Anspruch, wenn die Einmischung schuldhafterweise geschah, namentlich, wenn der Geschäftsführer erkannte oder erkennen konnte, dass sie mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stand. Der Anspruch geht dann auf Ersatz des vollen Schadens. In der Übernahme liegt hier also die Verschuldung des Geschäftsführers und er wird von der Schadensersatzpflicht in solchen Fällen nicht frei, wenn ihn auch in der Führung des Geschäftes ein Verschulden nicht trifft. — cfr. § 678 BGB. letzter Satz. — Nach genanntem Paragraphen 678 hat somit der Geschäftsführer bei der Prüfung des mutmasslichen Willens alle Sorgfalt zu üben. Nicht richtig ist meines Erachtens die Ansicht von Neumann, welcher in seiner Handausgabe des BGB. Bd. I S. 315 sagt: „Hat der Geschäftsführer „sich ohne Verschulden zur Geschäftsführung aus „einem Rechtsgrunde für verpflichtet erachtet, nach „welchem er nur zur Sorgfalt wie in eigenen An„gelegenheiten verpflichtet ist, — § 277 BGB. — so „wird seine Haftung aus der Geschäftsführung sich „auf dieses Mass beschränken müssen“.

Neumann folgert dieses aus der Bestimmung des § 687 Abs. 1 BGB. Diese Folgerung ist unrichtig, da, wie bereits S. 79 erwähnt, für die Fälle des § 687 Abs. 1 BGB. die Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht zur Anwendung kommen. cfr. Matthias l. c. Einen

Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens hat der Geschäftsherr ferner, wenn der Geschäftsführer bei Ausführung des Geschäftes sich eines Versehens schuldig macht.

Der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Geschäftsführer kann die in der Geschäftsführung liegende Rechtshandlung nicht vornehmen. Er kann daher wegen Schadensersatz nur aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlungen, wegen der Herausgabe nur wegen ungerechtfertigter Bereicherung haften — § 682 BGB. —

Das Gesetz geht davon aus, dass wenigstens der Regel nach die auftraglose Geschäftsführung nur vorkommen kann und soll, wenn der Geschäftsherr nicht zugegen ist, und sein Wille nicht sofort erforscht werden kann; denn nach § 687 BGB. hat der Geschäftsführer, wenn er einmal die Besorgung eines fremden Geschäftes in die Hand genommen hat, sobald tunlich dem Geschäftsherrn Anzeige zu machen und seine Entscheidung abzuwarten. Bis diese eintrifft, hat er, falls dies ohne Gefahr geschehen kann, mit der Ausführung zu warten. Hier wird der Gestor sich exkulpieren können, wenn er nur nachweisen kann, dass das negotium utiliter gestum est. Während der Regel nach der Geschäftsführer, wenn ihn ein Verschulden trifft, wie bereits erwähnt, für jeden Schaden aufzukommen hat, vermindert sich seine Vertretungspflicht, wenn seine Einmischung geschah, um von dem Geschäftsherrn eine drohende Gefahr abzuwenden; dann soll er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. — § 680 BGB. —

Es ist das der Fall, den die Quellen im Auge haben, wenn sie von der Einmischung „necessitate urgente" sprechen; sie fügen aber ergänzend hinzu, dass auch die suspicio necessitatis genügt, l. 3 § 10 D. 3,5. Diesem schliesst sich das BGB. an; denn es verlangt nicht, dass objektiv eine dringende Gefahr vorhanden gewesen sein muss; vielmehr soll es schon ausreichen, dass der Geschäftsführer eine solche als vorhanden angesehen und seine Einmischung die Abwehr dieser Gefahr bezweckt hat. Nach l. 3 § 10 l. c. haftet der Gestor für dolus und culpa lata, und auch das BGB. dehnt die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit aus.

Die dem Geschäftsherrn zustehende Klage wird als actio negotiorum gestorum directa bezeichnet. Rechte entstehen für den Geschäftsherrn sowohl, wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit seinem wirklichen oder mutmasslichen Willen in Widerspruch stand, und dies erkennbar war, wie auch, wenn der Gestor — wie bereits erwähnt — bei der Ausführung des Geschäfts schuldhaft handelte.

In derartigen Fällen wird der Dominius das Geschäft zurückweisen und Schadensersatz beanspruchen. Ist auch diese Klage die actio neg. gest. directa? Dies ist nicht unbestritten. W ä c h t e r — im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 20 S. 339 — vertritt die Ansicht, dass auch die Klage auf Schadensersatz die actio neg. gest. directa und nicht etwa die acquilische Klage sei, da letztere in den meisten Fällen gar nicht zu begründen sein würde. W i n d s c h e i d —

Pandekten § 430 — gibt die Klage, wenn der Gestor bei Ausführung des Geschäfts die Sorgfalt eines guten Hausvaters vernachlässigt, ebenso Monroy — die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 157 — Dernburg — Bd. II § 122 — wendet die actio neg. gest. directa auch auf den Fall an, wenn der Dominus die Geschäftsführung zurückweist und Wiederherstellung des früheren Zustandes fordert.

Die Motive machen den Gestor auch für den Schaden verantwortlich, der dadurch verursacht wird, dass er sich überhaupt eingemischt hat, ohne sich jedoch darüber zu äussern, welche Natur diese Schadensersatzklage hat.

In der zweiten Kommission wurde die Meinung vertreten, dass, wenn der Geschäftsherr die Genehmigung versagt, er nur Schadensersatz und nicht Herausgabe zu fordern habe. Aber auch hier kam nicht weiter zur Sprache, mit welcher Klage der Schaden zu verfolgen wäre.

Planck — Kommentar zum BGB. Bd. II — kommt auf Grund der Verhandlungen zu folgendem Ergebnisse: „Man wird davon auszugehen haben, „dass durch die Geschäftsführung für den Geschäfts-„herrn ein Anspruch auf Ablegung von Rechen-„schaft und auf Herausgabe des Erlangten entstanden „ist. Der Geschäftsherr kann auf die Geltendmachung „dieses Anspruches verzichten und statt dessen auf „Schadensersatz nach Massgabe der Vorschriften „über unerlaubte Handlungen klagen."

Auch für das jetzige Recht ist die Frage von

grosser Wichtigkeit, weil die Klage aus unerlaubten Handlungen auch jetzt in 3 Jahren verjährt. — § 852 BGB. — Prüft man in Bezug auf diese Frage die gesetzlichen Bestimmungen im Zusammenhange, so ist nicht zu verkennen, dass der gesetzgeberische Wille sich nicht leicht feststellen lässt. Nachdem im einleitenden § 677 bestimmt wird, wie der Geschäftsführer das Geschäft zu führen hat, und im § 678, dass er für den Schaden aufzukommen hat, wenn die Übernahme des Geschäfts nicht dem Willen des Geschäftsherrn entspricht, verordnet § 687, welche Verpflichtungen der Geschäftsführer im einzelnen hat.

Er hat nach § 687 die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen, und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschliessung abzuwarten.

„Im übrigen" — so heisst es in dem Paragraphen weiter — „finden auf die Verpflichtungen des Ge„schäftsführers die für einen Beauftragten geltenden „Vorschriften des § 666—668 entsprechende An„wendung", d. h. er hat dem Geschäftsherrn Nachricht zu geben, auf Verlangen Auskunft zu erteilen, sodann Rechenschaft abzulegen; er hat ferner alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat, endlich hat er, wenn er Geld des Geschäftsherrn für sich verwandt hat, dies von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen. Diese sämtlichen Verpflichtungen sind zweifellos mit der actio directa, die in 30 Jahren verjährt, geltend zu machen.

Nach § 682 ist nun aber der Geschäftsführer, wenn er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nur nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich. Also der geschäftsunfähige Geschäftsführer soll, — und zwar, wie aus der Stellung der Paragraphen gefolgert werden muss, für alle in den vorhergehenden Paragraphen begründeten Verpflichtungen — in dem beschränkteren Umfange haften, woraus zu schliessen ist, dass der geschäftsfähige Geschäftsführer im weiteren Umfange haften soll. Diese weitere Haftung konnte aber nur darin bestehen, dass die unbefugte Einmischung nicht blos als unerlaubte Handlung, sondern als ein Handeln eigener Art angesehen werde und der Handelnde unter Umständen mehr vertreten müsste, als dies bei einer unerlaubten Handlung der Fall wäre. Zum mindesten müsste die Klage der kürzeren Verjährung entzogen sein. Der § 687 BGB. spricht allerdings gegen diese Argumentation. Hier wird nämlich ausdrücklich bestimmt, dass derjenige der bewusst rechtswidrig ein fremdes Geschäft als eigenes behandelt, also nicht als Geschäftsführer in dem eigentlichen Sinne angesehen werden kann, und dessen Handeln sich nur als unerlaubtes qualifizieren lässt, sich gefallen lassen muss, dass der Geschäftsherr ihn dennoch wie einen Geschäftsführer behandelt und die Ansprüche aus den §§ 677, 678, 687 und 682 BGB. geltend macht. Diese Ansprüche können aber nur darin bestehen, dass der Geschäfts-

herr das Geschäft gelten lässt und sich die Resultate desselben aneignet, also nicht Schadensersatz wegen der unbefugten Einmischung fordert. Hieraus muss weiter gefolgert werden, dass das Gesetz zwei Klagen geben will, die actio neg. gest. directa, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung acceptiert, und die Schadensersatzklage aus einer unerlaubten Handlung, wenn er das Geschäft zurückweist. Die erstere würde der 30jährigen, die letztere der 2jährigen Verjährung unterliegen.

Selbstverständlich ist es, dass der Geschäftsführer in jedem Falle dann haftet, wenn er gegen den ausgesprochenen Willen des Geschäftsherrn sich eingemischt hat. Denkbar ist aber auch hier, dass die Verhältnisse seit dem Verbote des Geschäftsherrn sich inzwischen so erheblich geändert haben, dass die Einmischung an sich nicht als schuldhaft angesehen werden kann. In einigen Fällen erklärt das Gesetz selbst den entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn nicht für berechtigt, den Geschäftsführer haftbar zu machen, das ist dann, wenn es sich um eine im öffentlichen Interesse zu erfüllende Pflicht oder um eine gesetzliche Unterhaltungspflicht handelt und diese Pflichten ohne die Einmischung nicht rechtzeitig erfüllt werden würden — § 679 BGB. — Hier hat also der Geschäftsherr nicht nötig, sich zu vergewissern, ob der Geschäftsherr sein Eintreten wirklich will. Im Gegenteil, selbst wenn der Herr sich durch besonderes Verbot der Geschäftsführung widersetzt, kann der Geschäftsführer dieses Verbot ganz unbeachtet lassen und doch hernach Ersatz seiner Auslagen verlangen.

Das Prinzip des § 679 bezw. 683 S. 2 BGB. ist kein durchaus neues. Es findet sich das Hinwegsetzen über den Willen bereits im römischen Recht. Für den Fall, dass jemand für einen Andern eine Leiche bestattet hat, hatte der Prätor eine actio aufgestellt, die weit über das Prinzip der negotiorum gestio hinausreichte, — die actio funeraria. In l. 12. § 2 D 11,7 heisst es:

„Praetor ait. Quod funeris causa sumptus factus „erit, eius reciperandi nomine in eum, adquem ea res „pertinet, indicium dabo".

Der legislative Grundsatz ging nach zwei Gesichtspunkten. Wer eine Beerdigung besorgt hat, der hat dem, dem es zukam — also nicht dem nächsten Verwandten, sondern dem, dem das Vermögen zufloss, dem Erben — eine Pflicht abgenommen, der dieser sich nicht hätte entziehen können, ihn also bereichert.

Der andere Gesichtspunkt war der des in Frage kommenden öffentlichen Interesses.

Beide nennt sie l. 12 § 3 D. h. t.:

„Hoc edictum iusta ex causa propositum est, ut „qui funeravit persequatur id quod impendit; sic „enim fieri, ne insepulta corpora iacerent, neque quis „de alieno funeretur".

Es handelt sich also hierbei um die Verwirklichung eines Bereicherungsanspruchs. Auf diese Klage finden 2 Sätze der neg. gestio keine Anwendung. 1. Auch wer sich irrig für den Erben hält, also sein eigenes Geschäft zu besorgen vermeinte, hatte die Klage. Ebensowenig hatte 2. das

doch so streng behandelte Verbot Einfluss. Es heisst nämlich in l. 14 § 13 D. h. t.:

„Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris „testatorem, ex causa competere tibi actionem. „Nonne aequum est, mihi funerariam competere? „Et generaliter puto, iudicem iustum non meram „negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius „aequitate sequi, cum hoc ei et actionis natura „indulget."

Weiterhin entsteht die Frage, ob der § 683 S. 2 BGB., welcher für die Fälle des § 679 BGB. von der Willenserfordernis absieht, solches auch bezüglich des Interesseerfordernisses tut? Hier nehme ich mit Brückmann l. c. S. 137 an, dass nur an die Stelle des Willenserfordernisses das des öffentlichen Interesses getreten ist, das objektive Interesse aber, soweit es von jenem nicht konsumiert wird, kumulativ massgebend bleibt. Wenn auch der gesetzgeberische Gedanke der sein muss, dass die rechtzeitige Erfüllung der Pflichten des § 679 — weil im öffentlichen Interesse —, so doch auch im objektiven Interesse des dominus gelegen sei, so spricht er doch nur davon, dass die Geschäftsführung, die übernommen wird, die Erfüllung als solche zum Gegenstande haben muss. Aber für diese Erfüllung kann es mehrere Wege geben. Deshalb kann das „Wie" der Erfüllung sehr erheblich in Frage kommen. Und insoweit tritt meines Erachtens auch das objektive Interesse des dominus bestimmend in den Vordergrund. Das BGB. setzt nicht voraus, dass der Gestor an Stelle des Herrn dessen Pflicht erfüllte, sondern dass

er mit seiner Geschäftsführung in die durch die Nichterfüllung geschaffene Lücke eintrat. Die Geschäftsführung im Falle § 679 ist also nur ein Surrogat der dem Geschäftsherrn obliegenden Pflichterfüllung.

Die Genehmigung hielt nach § 684 S. 2 jeden Mangel der Voraussetzungen, ohne die eine gültige Übernahme fremder Geschäfte sonst nie herbeigeführt werden konnte, — sei es, dass dieser Mangel dem Interesse- oder dem Willenserfordernis oder beiden anhaftet, und die Fälle des öffentlichen Interesses nicht gegeben sind. Der innere Grund hierfür ist meines Erachtens nicht der, den Ruhstrat — Archiv für zivilistische Praxis Bd. 32 S. 235 — angibt. Er meint nämlich, die Gestionsklage sei offenbar nur deshalb begründet, weil hier in Gemässheit der voluntas domini gehandelt worden, da die Sache geradeso angesehen werden müsse, als sei der Wille von vornherein vorhanden gewesen. Denn dass die fragliche Geschäftsführung für die neg. domini weder notwendig noch nützlich wäre, sei augenscheinlich.

Dem ist zu entgegnen: wäre der Wille von vornherein vorhanden gewesen, so wäre die Genehmigung für die Gültigkeit der Gestion überflüssig; da er es aber nicht war und nicht gemutmasst werden durfte, so ist die Genehmigung eben notwendig. Der Grund liegt vielmehr in dem Rechte eines jeden, frei über seine Güter zu verfügen, seine Lebensverhältnisse zu regeln, soweit nicht die Rechtsordnung aus irgend einem Grunde Schranken setzt. Es steht einem

jeden frei, Geschäfte vorzunehmen, die für ihn weder nützlich noch notwendig sind. Ein anderer kann das für ihn gültig nicht tun. Aber es kann ihm passen, dieses Anderen als einer ausführenden Hand sich zu bedienen. Wie er dieses für die Zukunft durch Mandat bewirken kann, so für die Vergangenheit durch das Institut der negotiorum gestio. Bezüglich der Endigung der Haftung des Vertreters ohne Vollmacht kommen die allgemeinen Erlöschungsgründe der Obligationen in Betracht, so die Leistung des Vertreters, der Erlass der Haftung durch den Dritten u. s. w. Insbesondere unterliegen die Haftungsansprüche auch der Verjährung gemäss § 194 BGB. Die Verjährungsfrist beträgt, da nichts besonderes im Gesetz bestimmt ist, 30 Jahre, § 195 BGB. cfr. Hupka l. c. S. 252 ff.

Wir haben somit gesehen, dass die bisher so bestrittene Frage bezüglich der Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht durch das BGB. mit Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse in endgültiger Weise geregelt ist.

Zum Schluss sei noch bemerkt, dass auch die Wechselordnung eine Bestimmung bezüglich der Haftung des Stellvertreters ohne Vollmacht enthält. Nach Art. 95 WO. haftet nämlich derjenige, welcher eine Willenserklärung als Bevollmächtigter eines andern unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. „Dasselbe gilt auch“ — so heisst es im gen. Art. weiter — „von Vormündern und

„anderen Vertretern, welche mit Überschreitung „ihrer Befugnisse Wechselerklärungen aufstellen.“ Hiernach wird also dem dritten Kontrahenten ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrags schlechthin gegeben.

Diese strengen Bestimmungen sind den besonderen Verhältnissen des Handels angepasst, da es hier auf eine besonders schleunige Abwickelung der Verbindlichkeiten ankommt. Bezüglich der Verjährung der Haftungsansprüche gelten hier die besonderen Bestimmungen der Art. 77—79 WO.

Literaturverzeichnis.

1. Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.
2. Achilles, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1896.
3. Arndts, Lehrbuch der Pandekten 12. Auflage.
4. Basch, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch III. Auflage, Berlin 1893.
5. Bähr in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 6, S. 243.
6. Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30, S. 340.
7. Bing, Das Verhältnis des Auftrags zur Vollmacht vom Standpunkte des modernen wie des römischen Rechts unter Beurteilung der Labandschen Theorie, Cöln 1897.
8. Brinz, Kritische Blätter zivilistischen Inhalts, II. Heft, S. 39.
9. Brinz, Pandekten Bd. 4.
10. Brass, Wird derjenige, welcher in der Öffentlichkeit einen Vertreter für einen Geschäftskreis bestellt, durch dessen Handlungen auch dann berechtigt resp. verpflichtet, wenn der Vertreter

zwar innerhalb des Geschäftskreises, aber nicht im Namen des Vertretenen gehandelt hat? Nach römischem, gemeinem und Handelsrecht, Bonn 1898.

11. Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, Jena 1903.
12. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. — Rostock und Schwerin 1852 —.
13. Chambon, Die negotiorum gestio.
14. Clarus, Vollmacht und Geschäftsführung ohne Vertretungsvollmacht; in Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Jahrgang 64.
15. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. für das deutsche Reich, Bd. I, Jena 1900.
16. Curtius im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 58, S. 101.
17. Denkschrift zum Entwurf eines BGB., Berlin 1896, S. 48.
18. Deutsche Juristenzeitung 1902 und 1903.
19. Dernburg, Pandekten Bd. I, S. 284, 4. Aufl.
20. Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehülfen bei der Abschliessung von obligatorischen Verträgen nach österreichischem und gemeinem Rechte.
21. Eisele in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 25, S. 484 ff.
22. Endemann, BGB. 5. Auflage Bd. I, § 82.

23. Endemann, Handbuch des Handelsrechts Bd. I.

24. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen: Bd. 34, S. 176; Bd. 6, S. 115, 258; Bd. 18, S. 32.

25. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 18, S. 176; Bd. 11, S. 356 ff.; Bd. 22.

26. Fischer und Henle, BGB. nebst Einführungsgesetz, München.

27. Glück, Erläuterungen zu den Pandekten Bd. 15, S. 240.

28. Gareis: Verträge zu Gunsten Dritter.

29. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 16.

30. Grünhut's Zeitschrift Bd. 3.

31. Gruchot, Beiträge Bd. 32.

32. von Hahn, Kommentar zum HGB. S. 349.

33. Heidelberger kritische Zeitschrift Bd. I.

34. Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. Abt. I.

35. Heinsheimer, Deutsches BGB., Berlin 1897.

36. Hellmann, Die Stellvertretung bei Rechtsgeschäften, München 1882, S. 142.

37. Hellwig, Verträge auf die Leistung an Dritte.

38. Hickmann, Die Handlung des von einem vollmachtlosen Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nach gemeinem Recht und nach Handelsrecht, Berlin 1897.

39. Hupka, Die Vollmacht, eine zivilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des BGB., Leipzig 1900, S. 437.

40 Jakoby in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 17, Heft I, S. 167.
41. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung.
42. Jehring, Geist des römischen Rechts Bd. 3, S. 116.
43. Jehring in den Jahrbüchern für die Dogmatik usw. Bd. 4.
44. Isay, Die Geschäftsführung nach BGB.
45. Juristische Wochenschrift 1886.
46. Keller, Pandekten § 318.
47. Kleineidam, die Haftung des Geschäftsherrn mit der actio institoria und exereitoria nach römischem Recht; Breslau 1895.
48. Koellner, Die Grundzüge der Obligatio neg. gest.
49. Kohler in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 25.
50. Kritz, Pandektenrecht I, Bd. 1.
51. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 18, S. 230.
52. Lasker, Geschäftsführung ohne Auftrag nach BGB. Erlangen 1901.
53. Lax, Vollmacht nach dem BGB. Erlangen 1899.
54 Lenel in Jhering's Jahrbüchern Bd. 36, S. 14.
55. Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das Deutsche Reich und des preussischen allgemeinen Landrechts 1. Hälfte, Berlin.
56. Makower, Das allgemeine deutsche HGB. Berlin 1865, S. 304.
57. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900, 3. Auflage.

58. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
59. Meisner, Das BGB. Bd. II.
60. Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.
61. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte.
62. Motive zum BGB. Bd. I, S. 228.
63. Mühlenbruch, Pandektenrecht.
63a. Mugdan, Materialien zum BGB., Bd. I.
64. Neumann, Handausgabe des BGB. II Auflage, I. Bd. Berlin 1900.
65. Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Recht.
66. Philler, Vorlesungen über das BGB.
67. Planck, BGB. Bd. I u II. Berlin.
68. Puchta, Pandekten.
69. Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten.
70. Regelsberger, Pandekten I. Bd. Leipzig.
71. Reinberger, Vollmachtlose Stellvertretung und Genehmigung, nach römischem Recht und nach BGB. Breslau 1899.
72. Ruhstrat im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 33.
73. Richter, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Inaug.-Dissert. Berlin 1901.
74. Riezler, Der Werkvertrag.
75. Sauerland, Der Irrtum des Stellvertreters

nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des BGB. Brandenburg 1897.

76. Savigny, Obligationenrecht Bd. II.

77. Scheerer, Die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen I. Teil, Bd. 6.

78. Scheurl, Kritische Überschau, Bd. I.

79. Schliemann, Kritische Bemerkungen zu dem Entwurfe eines allgemeinen deutschen HGB. S. 26. Schwerin 1858.

80. Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen I. Teil, S. 374. Leipzig 1900.

81. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

82. Schultz, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn. Friedenau 1901.

83. Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte — zivilistische Abhandlung — Würzburg 1878, S. 77.

84. Staub, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch.

85. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 52, S. 266.

86. Siebenhaar, BGB. für das Königreich Sachsen, Leipzig 1863.

87. Stumpff: Die rechtliche Bedeutung des von einem unbevollmächtigten Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages. Wiesbaden 1900.

88. Sturm, Negotium.

89. Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung

ohne Auftrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

90. Thöl, Handelsrecht Bd. I.

91. Thibaut, Pandektenrecht.

92. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 2. Leipzig 1868.

93. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl.

94. Wächter im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 20.

95. Weyl, Vorträge über das BGB. Bd. I, München 1898.

96. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Auflage.

97. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio.

98. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio.

99. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, II. Teil. Berlin 1890.

100. Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht. Leipzig 1903.